

**HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI**

**RESPONSABILIDADE MÉDICA.  
AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: AVALIAÇÃO,  
USO E ADEQUAÇÃO**

**CURITIBA**

**2000**

**HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI**

**RESPONSABILIDADE MÉDICA:  
AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: AVALIAÇÃO,  
USO E ADEQUAÇÃO**

**Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação  
em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do Paraná, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Doutor.**

**Orientadores: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin e  
Prof. Dr. Alberto J. Bueres.**

**CURITIBA**


**2000**


**HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI**


**RESPONSABILIDADE MÉDICA.**


**AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: AVALIAÇÃO, USO E  
ADEQUAÇÃO**

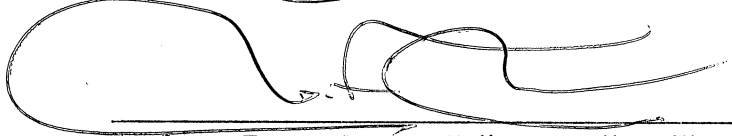
Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor, na área de Direito das Relações Sociais do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:   
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Luiz Edson Fachin  
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Co-Orientador:   
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Alberto J. Bueres  
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade de Buenos Aires

  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Renan Lotufo  
Setor de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica/ SP

  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Clayton Reis  
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual de Maringá/PR

  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho  
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 4 de outubro de 2000

Nada é mais poderoso do que uma idéia cujo tempo chegou.

Victor Hugo

Dedico este trabalho à memória daqueles por quem tive o privilégio de ser gerada. A meu pai, Hans Walter Robert Taggesell, um jovem e dinâmico engenheiro alemão, doutor em Geodesia e Professor de Estradas, que fez do Brasil sua segunda pátria. A minha genitora, Hildegard Nerbass Taggesell, amante das letras e mãe extremada.

## AGRADECIMENTOS

Meus primeiros agradecimentos, como não poderia deixar de ser, vão para meus ilustres orientadores, o Professor Doutor Luiz Edson Fachin e o Professor Doutor Alberto J. Bueres, que com a paciência, a abnegação e a tolerância – características peculiares das almas magnânimas –, me propiciaram encontrar um caminho, nem sempre fácil, para o presente trabalho. Por intermédio de seu vasto conhecimento me encaminharam, informando e apontando os passos a serem seguidos.

Um agradecimento especial devo, também, à minha colega de trabalho, Dra. Renata Ritter, por sua dedicação e esforço na revisão bibliográfica e releitura dos capítulos, tomando para si a parte menos agradável de um trabalho científico. Ao colega Dr. Marcelo Conrado, de igual maneira, pelo apoio e preciosa colaboração na revisão dos textos. A ambos, mais que tudo, agradeço pela amizade e pelo convívio carinhoso nos momentos de turbulência cerebral ou de calma produtiva.

Por último, agradeço àqueles que de alguma maneira dificultaram ou quase impossibilitaram a concretização deste trabalho: por evidente fazem jus a esta menção pois, quanto maior é o desafio representado por uma borrasca na travessia, maior é a alegria da chegada ao porto seguro.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	viii
<b>RESUMÉ</b> .....	ix
<b>ABSTRACT</b> .....	x
<b>RESUMEN</b> .....	xi
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. O MÉDICO E O PACIENTE: UMA RELAÇÃO JURÍDICA</b> .....	9
<b>3. MEDICINA – A PRÁTICA DE UM DEVER: OBRIGAÇÃO JURÍDICA E UM DITAME DE CONSCIÊNCIA</b> .....	31
<b>4. DA PRESTAÇÃO</b> .....	46
<b>5. SOBRE A IMPUTABILIDADE</b> .....	57
<b>6. DA PRESUNÇÃO</b> .....	85
<b>7. REVISITANDO DEMOGUE: SEU PENSAMENTO E SUA ÉPOCA</b> .....	101
<b>8. POSTURA CRÍTICA EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO</b> .....	118
<b>9. DA TIPOLOGIA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO</b> .....	135
<b>10. A PRESTAÇÃO OBRIGACIONAL NA ÁREA DA ANESTESIOLOGIA</b> .....	145
<b>11. O INADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO. SUA DETERMINAÇÃO</b> .....	177
<b>12. SOBRE A CARGA PROBATÓRIA</b> .....	183
<b>13. EXCLUDÊNCIAS NA RESPONSABILIDADE MÉDICA</b> .....	200
<b>14. ALTERAÇÕES E DINÂMICA DOS SERES VIVOS – A UNIVERSALIDADE DE CADA SER</b> .....	211
<b>15. PROPOSIÇÕES E CONCLUSÕES</b> .....	228

<b>ANEXOS</b> .....	239
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	264
<b>INDICE</b> .....	287



## RESUMO

A obrigação de resultado tem sido usada para caracterizar as prestações obrigacionais do cirurgião plástico e do anestesiológico. Aquela categoria de obrigação foi destinada a searas onde o fator álea fosse inexistente, além de que, nela, o elemento diligência não é levado em conta, motivos suficientes para apontar a inadequação de seu uso em área médica, já que não só as reações do corpo humano são dominadas pela imprevisibilidade do fator álea, como a Medicina é uma ciência/arte conjectural. Sendo as especialidades da cirurgia plástica e da anesthesiologia bastante recentes no universo jurídico, o tipo de prestação obrigacional em que elas se incluíam parece ainda não estar bem definido, tendo o Direito de se servir de figuras nem sempre adequadas a contento. A obrigação de resultado foi sugerida por René Demogue para caracterizar a prestação obrigacional do transportador de pessoas, coisas e mercadorias, já que era a década de vinte e o mundo jurídico estava às voltas com a novidade e os problemas representados pela nascente indústria automobilística. A obrigação de meio, por sua vez, foi destinada a caracterizar o trabalho médico, devendo ele fazer uso de todos os meios para chegar ao melhor resultado sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Na obrigação de resultado, já há um prévio resultado determinado e não alcançá-lo significa inadimplência da prestação. Tal categoria tem, como peculiaridades, a inversão do ônus da prova, além de destinar-se a áreas com ausência do fator álea e de ignorar o elemento diligência. Ocorre que muitas vezes um bom resultado é atingido, mesmo se conduzindo o médico de maneira negligente; por contra, também ocorre que apesar de todo o esforço e diligência utilizados, o resultado não se faz exitoso. O que só vem comprovar o alto valor do elemento diligência na análise da culpa médica, levando a concluir que a obrigação estaria adimplida se o devedor se conduziu com a diligência esperada, mesmo não alcançando o resultado desejado. Na cirurgia estética, a interferência da subjetividade do paciente pode levar a considerar como indesejável um bom resultado cirúrgico, e isso ocorre quando a resultante concreta não coincide com o resultado mental antevisto pelo paciente. Sendo o organismo humano o domínio do imprevisível; sendo que toda cirurgia envolve riscos; sendo que a Medicina é uma arte-ciência conjectural; sendo que cada organismo reage de maneira diferente e individualista frente a um mesmo procedimento, mostra-se, então, completamente inadequada a utilização da obrigação de resultado para caracterizar uma prestação obrigacional que se desenrola sob a ingerência das características retrocitadas. Se a responsabilidade do cirurgião plástico e do anestesiológico não se enquadra na limitação de uma obrigação de meios, por outro lado seria inadequado encaixá-la na moldura de uma obrigação de resultado, em razão da presença do fator álea e da negação do elemento diligência. Evidencia-se, pois, a falta de um termo intermediário que possa caracterizar de maneira mais adequada e com maior propriedade aqueles dois tipos de prestação obrigacional. O presente trabalho se propõe a demonstrar se não a superação, pelo menos a inadequação e insuficiência da dicotomia meio/resultado e, em especial, a última, sugerindo um matiz de elastecimento para a primeira, a fim de que proporcione a possibilidade de caracterizar a prestação obrigacional daquelas duas especialidades, de maneira mais adequada e mais justa, porque condizente com os riscos das diferentes respostas orgânicas e com a realidade de uma profissão que, mesmo sendo ciência e arte a um só tempo, encara o desafio de se desenvolver nos domínios da subjetividade e no reino do imprevisível.

## RÉSUMÉ

L'obligation du résultat est employée pour caractériser les prestations obligatoires du chirurgien esthétique et de l'anesthésiste. Cette catégorie d'obligation était destinée à des domaines où le facteur aléa soit inexistant; rappelons encore que, dans cette catégorie d'obligation, l'élément diligence n'est pas pris en compte, ce qui justifie son inadéquation au domaine médical, puisque les réactions du corps humain sont sous le signe de l'imprévisibilité et la Médecine est une science/art conjecturale. Comme les spécialités de la chirurgie esthétique et de l'anesthésiologie sont assez récentes dans l'univers juridique, le type de prestation obligatoire dont elles feraient partie n'est pas encore bien défini, et le Droit doit se servir de moyens qui ne sont pas toujours adaptés à cette fin. L'obligation du résultat a été suggérée par René Demogue pour caractériser la prestation obligatoire du transporteur de personnes, choses et marchandises; c'était les années 20 et le monde juridique était confronté à cette nouveauté et à tous les problèmes que la toute nouvelle industrie automobile lui proposait de résoudre. L'obligation du moyen, à son tour, était destinée à caractériser le travail médical, lequel devait se servir de tous les moyens pour arriver au meilleur résultat sans être pour autant obligé de l'atteindre. Dans l'obligation du résultat, un certain résultat est prévu d'avance et ne pas l'atteindre signifie l'insolvabilité de la prestation. Cette catégorie est caractérisée par l'inversion de la charge de la preuve, elle s'applique encore à des domaines dans lesquels le facteur aléa est absent et qui ignorent l'élément diligence. Il est possible que, de temps en temps, un bon résultat soit atteint, malgré la négligence du médecin; par contre, il est possible aussi que, malgré tous les efforts et la diligence, le résultat ne soit pas réussi. Tout cela confirme le poids de l'élément diligence dans l'analyse de la culpabilité médicale, ce qui nous mène à en conclure que l'obligation est atteinte si le débiteur a agi avec diligence, même s'il n'a pas atteint le résultat attendu. Dans le domaine de la chirurgie esthétique, l'interférence de la subjectivité du patient peut conduire celui-ci à considérer comme mauvais un bon résultat chirurgical, et cela arrive lorsque le résultat concret ne s'adapte pas au résultat prévu mentalement par le patient. L'organisme humain est le domaine de l'imprévisible; toute chirurgie implique des risques; la Médecine est un art/science conjectural; chaque organisme réagit d'une manière différente et qui lui est propre face à une même situation; toutes ces raisons montrent que l'utilisation de l'obligation du résultat est inadaptée lorsqu'il s'agit de caractériser une prestation obligatoire qui se déroule sous l'influence des facteurs cités ci-dessus. Si la responsabilité du chirurgien esthétique et de l'anesthésiste ne peut pas s'adapter à la limitation d'une obligation de moyen, d'un autre côté il ne serait pas possible de l'inclure dans le cadre de l'obligation du résultat, à cause de la présence du facteur aléa et de la négation de l'élément diligence. L'absence d'un terme intermédiaire qui puisse caractériser d'une manière adéquate ces deux types de prestation obligatoires est évidente. Ce travail se propose de démontrer l'inadéquation et l'insuffisance de la dichotomie moyen/résultat. Nous suggérons une possibilité d'élargissement de l'obligation de moyen, afin d'offrir la possibilité de caractériser la prestation obligatoire de la chirurgie esthétique et de l'anesthésiologie d'une manière plus adéquate et juste, qui s'adapte aux risques des différentes réponses organiques et à réalité d'une profession qui, bien que science et art à la fois, fait face au défi de se développer dans les domaines de la subjectivité et de l'imprévisible.

## ABSTRACT

The obligation of result has been used to characterize the plastic surgeon and the anesthesiologist obligatory services. That category of obligation was destined to the fields where the risk factor is nonexistent, and besides, the diligence element is not taken into consideration, which is reason enough to point out the inadequacy of its use in the medical field, since not only the reactions of the human body are dominated by the unpredictability of the risk factor, but also Medicine is a conjectural science/art. As the plastic surgery and anesthesiology specialization are rather new in the juridical universe, the kind of obligatory service where they could be included seems to be not well defined yet, and the Law has to use figures which are not always satisfactorily suitable. The obligation of result was suggested by René Demogue to characterize the obligatory service of people, things and merchandise carrier, since it was the twenties and the juridical world was dealing with the novelty and the problems originated by the rising of the automobile industry. The obligation of the means by its turn, was destined to characterize the medical work, and it must make use of all the means to get to the best result without entailing to reach it. In the obligation of result, there is a previous determined result and not reaching it means a service default. Such category has as peculiarities, the burden of proof inversion, besides being bound for areas without the risk factor and of ignoring the diligence element. It happens many times that a good result is reached even when the doctor led the procedure negligently, but it may also happen that despite the effort and diligence used, the result is not successful. This comes to confirm the high value of the diligence element in the medical guilty analysis, which leads us to the conclusion that the obligation would be fulfilled if the debtor behaved with the expected diligence, even not reaching the desired result. In the aesthetic surgery, the interference of the patient subjectivity may lead to consider as undesirable a good surgical result, and this happens whenever the real resultant does coincide with the mental result foreseen by the patient. For the human body is unpredictable; every surgery has risks; Medicine is an art; conjectural science; and each body reacts in a different and individualistic way before the same procedure, it is then, completely unsuitable the use of the obligation of result to characterize an obligatory service which happens under the interference of twisted characteristics. If the plastic surgeon and the anesthesiologist responsibility do not fit in the limitation of an obligation of means, on the other hand it would be improper to fit it in the frame of an obligation of result, because of the presence of the risk factor and of the denial of the diligence element. So it is pointed out the lack of an intermediate term that may characterize in a more suitable way and with a better propriety those two kinds of obligatory service. The current work intends to demonstrate if not the surpass, at least the inadequacy and insufficiency of mean/result dichotomy, and, specially, the latter, suggesting a hue of elasticity for the first, in order to offer the possibility to characterize the obligatory service of those two speciality, in a more suitable and fair way, because in accordance with the risks of different organic answers and with the reality of a profession that even being a science and art at the same time, faces the challenge of developing in the subjectivity domain and in the kingdom of the unpredictable.

## RESUMEN

La obligación de resultado se ha usado para caracterizar los pagos obligatorios del cirujano plástico y del anesthesiologista. Aquella categoría de obligación fue destinada a searas donde el factor álea es inexistente, al margen de que en ella, la diligencia del elemento no se tiene en consideración, razones suficientes para apuntar la insuficiencia de su uso en el área médica, ya que no sólo las reacciones del cuerpo humano son dominadas por la imprevisibilidad del factor álea sino que también la Medicina es una ciencia/arte conjetural. Siendo las especialidades de cirugía plástica y anestesiología bastante recientes en el universo jurídico, el tipo de pago obligatorio en que ellas se incluyeron parece todavía no ser muy definido, teniendo el Derecho de no siempre servir de ilustraciones adecuadas. La obligación de resultado fue sugerida por René Demogue para caracterizar el pago obligatorio del transportador de personas, cosas y mercaderías, ya que era la década de los veinte y el mundo jurídico estaba muy envuelto con la novedad y los problemas representados por la naciente industria automovilística. La obligación de medio por otro lado, fue destinada a caracterizar el trabajo médico debiendo hacer uso de todos los medios para llegar al mejor resultado sin que necesariamente se aboque a obtenerlo. En la obligación de resultado ya hay un previo resultado determinado y no alcanzarlo significa inadimplencia en su instalación. Tal categoría tiene como peculiaridades, la inversión del onus de la prueba, además de destinarse a áreas con ausencia del factor álea y de ignorar el elemento diligencia. Sucede que muchas veces un buen resultado es alcanzado, aún conduciendo al doctor de manera negligente; contrariamente y a pesar de todo el esfuerzo y diligencia, el resultado no es exitoso. Lo que sólo viene a comprobar el alto valor del elemento diligencia en el análisis del error médico llevándola a concluir que la obligación estaría adimplida si el deudor se comportó con la diligencia esperada, aún no alcanza el resultado deseado. En la cirugía estética, la interferencia de la subjetividad del paciente puede llevar a considerar como indeseable un resultado quirúrgico bueno, y eso ocurre cuando el resultante concreto no coincide con el resultado mental previsto por el paciente. Siendo el organismo humano el dominio de lo inesperado; siendo sabido que toda cirugía involucra riesgos; sabiéndose que la Medicina es un arte/ciencia conjetural; sabiéndose que cada organismo reacciona de manera diferente y individualista frente a un mismo procedimiento, se muestra entonces, completamente inadecuado el uso de la obligación de resultado para caracterizar un pago obligatorio que se desenvuelve bajo la ingerencia de las características retrocitadas. Si la responsabilidad del cirujano plástico y del anesthesiologista no se encuadra en la limitación de una obligación de medios, por otro lado sería inadecuado insertarlo en el marco de una obligación de resultado, en razón de la presencia del factor álea y del rechazo del elemento diligencia. Esto se evidencia, por la falta de un término intermediario que pueda caracterizar de una manera más adecuada y con mayor propiedad esos dos tipos de obligatoriedad. El presente trabajo propone demostrar si no la superación, por lo menos la inadecuación y insuficiencia de la dicotomía medio/resultado y en especial, la última, sugiriendo un matiz de elastecimiento para la primera, con el fin de que proporcione la posibilidad de caracterizar el pago obligatorio de esas dos especialidades, de manera más apropiada y más justa, coherente con los riesgos de las diferentes respuestas orgánicas y con la realidad de una profesión que aunque siendo ciencia y arte en un mismo momento, enfrenta el desafío de desarrollarse en los dominios de la subjetividad y en el reino de lo imprevisible.

## 1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade do profissional médico tem sido avaliada de diferentes maneiras, já que esta avaliação teve como parâmetro a acordância aos costumes e suas respectivas épocas; assim, dentro de diferentes nuanças, os médicos tiveram que suportar as conseqüências nem sempre exitosas de seu exercício profissional.

A História demonstra que a responsabilidade daquele profissional surgiu paralelamente ao momento em que sua atribuição de curar se desvinculou de um misticismo ferrenho, que costumava atribuir às divindades o sucesso ou o fracasso de todos os fatos.

Na Antigüidade, os Códigos de Hammurabi e Manu já previam penas para médicos e cirurgiões que cometessem lesões corporais ou favorecessem a morte de um paciente. A pena poderia ir desde a perda de uma das mãos até o degredo ou a morte. A Lei das XII Tábuas, dando um passo a frente, ofertou os princípios gerais da responsabilidade e a Lei Aquílea trouxe os primeiros rudimentos de uma responsabilidade médica.

O Direito canônico, por sua vez, propiciou benéficas influências na avaliação da responsabilidade médica, já que sob a égide do Cristianismo modificaram-se tanto o direito civil quanto o penal, bem como se tornou inaceitável a prática do talionismo.

A fase de empirismo absoluto da Medicina trouxe uma certa dose de descrédito para a classe médica, em razão de os insucessos serem em maior número que os acertos. Daí, como conseqüência lógica, adveio uma maior severidade no julgamento dos erros, apesar da dúvida ainda enfrentada quanto à responsabilidade daqueles profissionais ser de cunho apenas moral ou, também, civil.

Era, contudo, um avanço, a bem lembrar que a Medicina já fora exercida por sacerdotes, feiticeiros, escravos, curandeiros, magos e barbeiros. Vê-la, então, na Idade Média, ensinada nas Universidades, com seu exercício parcialmente regulamentado e a responsabilidade daqueles que a exerciam podendo ser avaliada judicialmente, apontava já para um outro mundo e para um outro estado de coisas.

Por evidente que a evolução da idéia de responsabilizar o médico pelas conseqüências nefastas do exercício de sua profissão não se deu de maneira nem rápida, nem ordenada, mas o confronto com os sempre cambiantes fatos sociais e a não mais aceitação passiva do elemento *fatalidade*, como mãe de todos os males, foram pontos essenciais para a mudança de paradigmas.

Fundamental, também, para a nova conceituação da responsabilidade médica foi um parecer emitido em França, no ano de 1832, marco doutrinário e jurisprudencial, que veio garantir a submissão, aos Tribunais, dos atos médicos, em pé de igualdade com os atos dos demais cidadãos, fugindo, assim, da intocabilidade e de uma não-garantia contra uma possível imperícia, imprudência ou negligência, bem como da ignorância de conhecimentos técnicos que um médico, como qualquer outro profissional, deveria possuir.

Modernamente, a responsabilidade médica rege-se pelos mesmos princípios da responsabilidade civil em geral, segundo a qual, quem pratica um ato em estado de sã consciência e capacidade, com liberdade, intencionalidade

ou por mera culpa, tem o dever de reparar as conseqüências danosas de seu proceder.

Quanto à prestação obrigacional do médico, ela tem sido vista como estando inserida em uma modalidade de obrigação de meio, sendo que as especialidades da *cirurgia plástica estética* e da *anestesiologia* são enquadradas – ainda que não por unanimidade – dentro de uma obrigação de resultado.

Por serem bastante recentes no universo do exercício da Medicina, ambas as especialidades trouxeram consigo dilemas até então desconhecidos para a área jurídica. Não estando de todo preparadas, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tiveram que se servir de figuras ou elementos, os quais mereceram nossa reflexão sobre sua propriedade e adequação para caracterizar as *novas* prestações obrigacionais. A perquirição da possibilidade de levar a um tipo de resolução – nem sempre satisfatório ou condizente com a realidade dos fatos – foi um dos enfoques do presente trabalho.

Esse tipo de reflexão, com base na análise teórica e prática contemporânea do que vem ocorrendo na lides que envolvem a responsabilidade médica, constituíram a motivação pioneira do desenvolvimento deste estudo.

O processo de elaboração jurisprudencial brasileiro, conquanto rico, tem se mostrado essencialmente diverso dos moldes da França, país que desenvolve e pesquisa o tema, com pionerismo e maestria, há mais de dois séculos. Além do que, demonstra uma certa incoerência na sua heterogeneidade, uma vez que é possível encontrar prestações obrigacionais similares sendo ora inseridas em uma obrigação de meio, ora como uma obrigação de resultado, numa nítida demonstração que opiniões divergentes sobre o mesmo tema estão a demandar pesquisas mais aprofundadas a respeito.

Na seara doutrinária o assunto mostra-se escasso, sendo encontrada uma repetitiva matéria com base nos clássicos que, conquanto tenham seu inestimável valor, há que alguns setores sejam re-escritos e necessariamente remodelados, frente às novas exigências ditadas pela própria dinâmica dos fatos sociais.

Conforme prevê Pietro Perlingieri, “o Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção”.<sup>1</sup>

Por evidente que esse é o ideal, mas o fato social precede em muito a adaptação que lhe é devida pelo mundo jurídico, e o espaço temporal que se escorre entre aquele e esta favorece acontecimentos, atos e julgamentos nem sempre acordes com o que seria o melhor para a sociedade em termos de ética e de justiça.

Uma nova demanda no mundo jurídico “não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal”, conforme entende Perlingieri, e isto só pode ser executado a contento dentro de um estudo sério da complexidade do fenômeno social.

Entende-se que o advento de novas especialidades no campo médico e as conseqüências, às vezes danosas, que seu exercício pode trazer a um paciente são um desafio para a área jurídica e só podem ser solucionadas, satisfatoriamente, se estudadas e analisadas dentro do contexto social local, ou seja, do país onde os fatos ocorrem. A historicidade universal entra como um ponto de apoio para um estudo comparativo, podendo servir como um indicativo para uma melhor postura crítica.

---

<sup>1</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1.



Esse será, pois, o fio condutor da presente pesquisa, efetivando-se na tentativa de apontar os pontos falhos de uma dicotomia, senão superada, mas que não proporciona mais a possibilidade de caracterizar com adequação alguns tipos de prestação obrigacional.

“Há um vazio na doutrina civilística brasileira, que vai do desconhecimento à rejeição de novas idéias”, conforme de maneira preclara adverte Fachin, e “a técnica engessada das fórmulas acabadas”<sup>2</sup> não pode achar guarida em um Direito que se propõe aberto e sensível às modificações das realidades sociais.

O uso de uma categoria de forma nem sempre adequada pode ser um indício de que um vazio existe e não foi preenchido; bem assim servir-se de uma categoria imprópria, mas que está posta (*positum*), e fazê-lo sem o devido questionamento crítico, é o mesmo que servir-se da técnica engessada de formulas acabadas. É o *prêt-a-porter* jurídico.

Consoante o alerta de Tepedino, “identificam-se sinais de esgotamento das categorias do direito privado” e, segundo ele, os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas, exigindo do legislador “uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito”. Mais ainda, o próprio Direito Civil caminha para centralizar-se não tanto mais no indivíduo, mas para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 318.

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6-7

Ora, por evidente, esses riscos irão também atingir outros indivíduos e, então, novamente, é ele – indivíduo –, que volta a ser o ponto focal da atenção, numa constante repersonalização do Direito e dos direitos.

Para fugir às fórmulas engessadas, há que separar convenientemente o que é costume e o que é ciência; o que ainda pode ser usado objetivamente e o que tornou-se obsoleto ou inadequado pois, no dizer de Perlingieri, “ciência e praxe, norma e fato, longe de se confundirem, operam em planos distintos mas convergentes, em uma contínua, indeclinável dialética que é vital para evidenciar – não a sua contraposição, mas – a sua completude”.<sup>4</sup>

As obrigações de meio e de resultado têm sua adequação e uso bastante amplos, todavia, um questionamento sério se faz necessário sobre a sua suficiência e/ou superação dentro do planejamento de um Direito que se pretende aberto às necessidades reais de uma sociedade em constante mutação e efervescência. E, para chegar a um resultado tendente a ser sério e útil, é necessário o contributo crítico, proposição maior do presente trabalho.

Como ponto de partida serão revisitadas, tematicamente, algumas categorias conceituais do Direito, tais como o dever, a prestação, imputabilidade e presunção; não sem antes passar por uma análise do que seja uma relação jurídica.

Em seguida é analisada a época de Demogue, pois a compreensão do que levou o jurista francês a servir-se da dicotomia em comento é de fundamental importância para esta Tese. Um estudo comparativo – proporcionado pelo demonstrativo de uma época e os problemas que a

---

<sup>4</sup> PERLINGIERI, p. 82.

caracterizaram, bem assim, a sua tentativa de resolução –, é ponto decisivo para o embasamento teórico do trabalho.

Na seqüência, é problematizada a classificação de Demogue por intermédio de uma postura crítica em relação às obrigações de meio e de resultado e pelo estudo de sua tipologia.

Com base nessa reflexão, apresenta-se uma proposição do que se julga ser mais adequado para caracterizar aqueles dois tipos de especialidades no exercício da profissão médica e que, no momento, enfrentam a maior probabilidade de inadequação em relação à caracterização de sua prestação obrigacional, quais sejam: a cirurgia plástica estética e a anestesiologia.

A comparação do que se faz e se pensa atualmente em França, matriz e modelo desse estudo temático, e a especificidade do problema brasileiro são o cadinho para a perplexidade que o tema encerra. Impossível ignorar a conclusão a que chegaram os franceses, em relação à cirurgia estética, há pelo menos três décadas: *“La jurisprudence a admis, avec sans doute une certaine hésitation, que l’obligation du chirurgien esthétique n’était pas fondamentalement différente de l’obligation de tout autre chirurgien, en raison de l’aléa inherent à tout acte chirurgical”*.<sup>5</sup>

O estudo perquiratório da influência do *fator álea*, bem assim do elemento *diligência* –, este último ignorado, quando se trata de uma obrigação de resultado – é ponto de enfoque constante do trabalho.

O fio condutor leva necessariamente à busca pelo começo histórico da re-utilização por Demogue das obrigações de meio e de resultado, para concluir pela insuficiência das duas entidades nos moldes como são usadas hoje na seara

---

<sup>5</sup> PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977, p. 35. “A jurisprudência admitiu, não sem uma certa hesitação, que a obrigação do cirurgião estético não era fundamentalmente diferente da obrigação de qualquer outro cirurgião, em razão da álea inerente a todo ato cirúrgico. (Tradução livre).

do exercício profissional médico, numa tentativa de demonstrar que não há um equilíbrio lógico e harmônico entre aqueles dois tipos de obrigação e a realidade da vida prática e da responsabilidade médica hodierna.

A subjetividade do ser, sendo fator determinante e oponente a tudo que possa ser predeterminado é analisada a partir da célula, fazendo-se, ainda, um estudo comparativo entre as mitocôndrias, como casas de força da célula, e a psique humana, no sentido de tentar explicar que fator álea e subjetividade não podem conviver harmonicamente com uma categoria monolítica e hierática, tal qual a obrigação de resultado.

## 2. O MÉDICO E O PACIENTE: UMA RELAÇÃO JURÍDICA

### 2.1 CONSIDERAÇÕES PLELIMINARES

Já se disse que o homem é um animal social. Tal afirmativa advém da condição de vida de relação que ele, homem, tem necessidade de desenvolver, já que vida social é fruto de uma vida de relações.

De acordo com Salleiles, “o homem não tem força senão quando está em grupo, suposto que se trata de agrupamentos organizados. É por intermédio do grupo que ele faz valer seus direitos individuais”. E, mais adiante, faz a seguinte comparação: “O homem fora de seu estado de agrupamento é tão pouco um homem normal como uma abelha será uma abelha quando fora do enxame”.<sup>1</sup>

Daí deriva que relações mútuas entre diversos indivíduos levam à formação dos grupos sociais, que podem ser semelhantes entre si ou diferentes, na dependência do enfoque de seus interesses. A união dos grupos dessemelhantes propicia a formação de grupos de amplitude ainda maior.

Assim, a vida social, propriamente dita, é constituída por uma cadeia formada por todas as relações oriundas de indivíduo com indivíduo; de grupo com grupo; de indivíduo com grupo; de grupos menores com grupos maiores.

Um breve olhar ao redor é suficiente para a verificação de exemplos concretos de todos os tipos de relação: na família – relação marital, filial e entre

---

<sup>1</sup> SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique. Histoires et théories*. Paris: LGDI, 1910, p. 13.

parentes, agregados e empregados. Na Igreja – relação entre fiéis e ministros, e entre estes e seus superiores. Na profissão – relação entre profissionais e clientes, entre profissionais da mesma área e de outras, entre fornecedores e com o Estado. Na política – relação entre os políticos de mesma ideologia e seus partidos, com os seus eleitores, bem como entre os diferentes partidos e entre as Câmaras.

Daí, concluir-se que as relações sociais têm sua origem nos processos sociais. Segundo Fernando de Azevedo:

Os processos sociais são os fatos de interação, mediante os quais os indivíduos e os grupos se aproximam ou se afastam e que, no fundo, são simples variações de distância (processos de aproximação e afastamento; de associação, conciliação e união; de separação ou dissociação, competência e conflito; processos de adaptação, de integração, de diferenciação). Dos processos sociais que constituem o fluxo constante na vida social e para cuja compreensão é sumamente importante a noção da “distância social”, resultam os tipos ou *sistemas de relações sociais* que são a sua conseqüência necessária e formam como que teia complexa de fios que ligam os homens e os grupos.<sup>2</sup>

## 2.2 O INDIVÍDUO E O FATO SOCIAL COMO GERADOR DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA

No sistema de relações sociais observa-se, porém, que nem toda relação social é uma relação jurídica, ou pode vir a se transformar em uma. O diferencial parece ser dado pelo tipo de *fato* que está imbricado naquela relação. Segundo Lôbo, “quando os fatos naturais ou humanos convertem-se em fatos jurídicos, é porque houve uma norma que previu hipoteticamente seus elementos e que incidiu sobre eles, provocando necessariamente, como efeitos, direitos e deveres, pretensões e obrigações”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> AZEVEDO, Fernando de. **Princípios de sociologia**. 6 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1954, p. 27.

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 17.

A par disso, tem-se, ainda o *fato social*. Por tal razão, e para que a matéria se clarifique, necessário se faz, também, a apreensão do que seja este elemento.

Emile Durkheim afirmava que toda a sociologia se baseava em um princípio fundamental, qual seja a realidade objetiva dos fatos sociais e, para ele, *fato social* significava um fenômeno, fator ou força que deveria ser estudado como “coisa”, ou seja, como uma realidade exterior ao indivíduo e independente do aparelho conceitual do observador. Os fatos sociais eram encarados como “algo ao longo de um contínuo”,<sup>4</sup> e “fora das consciências individuais”.<sup>5</sup>

Dessa conceituação retira Durkheim três critérios passíveis de distinguir um fato social: *caráter externo*, *coerção* e *generalidade mais independência*.

*O caráter externo*: as obrigações, sejam elas domésticas, cívicas ou contratuais são definidas externamente ao indivíduo (ainda que em função dele e para ele), pelas leis e pelos costumes. As crenças e as práticas religiosas existem anteriormente ao indivíduo, “porque existem fora dele”. Como exemplos, o idioma e a moeda, bem como a prática das profissões que existem e funcionam, independente do uso que cada um possa fazer deles.

*A coerção* é representada pelas normas legais, pela necessidade e obrigatoriedade de segui-las e pela própria determinação cultural. Como exemplo, a educação familiar e escolar.

*A generalidade mais independência*: um fato social pode ser geral no interior de um grupo (fatores específicos a sociedades particulares) e continuar a

---

<sup>4</sup> Cf. COHN, Gabriel. **Sociologia: para ler os clássicos**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1977, p. 20.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 22.

existir generalizado, independente das formas que venha a assumir ao ser generalizado, ou seja, “não são traços estritamente pessoais de indivíduos, nem atributos universais da natureza humana”.<sup>6</sup>

Durkheim ainda se posicionou quanto à normalidade ou patologia dos fatos sociais, informando que um “fato social é normal com relação a um tipo social dado, numa fase dada do seu desenvolvimento, quando está presente na maioria das sociedades deste tipo, na fase de sua evolução”.<sup>7</sup>

Pressupunha ele que se poderia distinguir uma classe de fenômenos sociais *gerais*, que variava dentro de limites estreitos e outros ditos *excepcionais*, encontrados em alguns casos e sendo transitórios no tempo. Os patológicos seriam aqueles que divergiriam do padrão geral.<sup>8</sup>

Então, se nem toda relação social é uma relação jurídica, quando, como e em quais condições, aquela se transformará nessa? A resposta é simples: quando for necessário atribuir “apartenança”,<sup>9</sup> ou definir com clareza o poder e o dever, estaremos, então, diante de uma relação jurídica.

Assim, com base no ensinamento de Serpa Lopes, pode-se entender que, “a satisfação de certas necessidades econômicas ou morais levam os homens a estabelecer entre si relações que exigem uma regulamentação pela ordem jurídica. Essa regulamentação transforma essas relações em relações jurídicas, formadas por estes dois elementos imanescentes: o poder e o dever”.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> COHN informa a esse respeito que Fauconnet e Mauss isolaram esse aspecto dos fatos sociais caracterizando-os como “certos modos de sentir, pensar e agir, que os indivíduos não possuiriam se tivessem vivido em outros grupos humanos”. Indica, a seguir, a obra dos autores citados: M. Mauss e P. Fauconnet. *Sociologie. In Grande Encyclopédie*. Paris: *Grande Encyclopédie* S.A., 1901, t. XXX, p. 166.

<sup>7</sup> Cf. COHN, p. 38.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>9</sup> Do verbo *appartenir* (pertencer), oriundo do idioma francês, criamos este vocábulo, por não encontrar na língua portuguesa um que preenchesse, a contento, o sentido que pretendíamos dar à frase.

<sup>10</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 1, p. 224.



### 2.2.1 Diferenças entre Relações Sociais e Relações Jurídicas

As relações entre os indivíduos guardam entre si características próprias, o que as define em si mesmas.

*As relações sociais* – vistas como atos de aproximação ou de separação – têm as seguintes características: pluralidade de indivíduos (ao menos dois); identidade de objetivo; interação (ação recíproca das pessoas).

*As relações jurídicas* – relações sociais imbricadas com relação de poder e dever – se caracterizam por possuir quatro elementos, a saber: sujeito de direito; objeto jurídico; fato jurídico e garantia legal.<sup>11</sup>

Outra diferença entre relação social e relação jurídica, segundo Nascimento, diz respeito à *forma* e à *matéria*. Enquanto uma se diferencia da outra pela *forma*, acabam por se confundir, ambas, pela *matéria*, ou seja, “a matéria da relação social é o fato humano, a aproximação ou a separação entre os homens. A forma dessa relação é o seu aspecto social, enquanto unicamente social, sem considerarmos qualquer outro fim da relação”.<sup>12</sup>

Explica o autor citado, que a matéria da relação jurídica é a própria relação, ou seja, o fato ou o ato humano e, sob este aspecto, é idêntica à matéria da relação social. Contudo, a forma é diversa: ela provém do aspecto jurídico da relação, isto é, da regra jurídica que aí é aplicada (então é, também, uma relação de direito).

Em conseqüência, e acorde ao pensamento de Vicente Ráo, toda relação de direito compor-se-á de dois elementos: uma determinada matéria, que

---

<sup>11</sup> NASCIMENTO, José Amado. Relações Jurídicas. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 64. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 423-24

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 424.

é a própria relação, e a idéia de direito, que regula esta relação. O primeiro, podendo ser considerado como “elemento *material* da relação de direito, vale dizer, como um simples fato; o segundo, como elemento *formal*, que destaca o fato e lhe atribui forma jurídica”.<sup>13</sup>

### 2.3 A RELAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO PERLINGIERI

Perlingieri entende que o sujeito não é o elemento essencial na relação jurídica. Para ele, elemento essencial seria a *ligação* existente entre os centros de interesse da relação.

O sujeito será o elemento externo àquela relação, porque externo à situação, existindo “hipóteses de relação que não tem sujeito determinado ou individuado, ou ainda, que sequer tem sujeito existente de um ponto de vista jurídico-formal”.<sup>14</sup>

Portanto, para Perlingieri, “a ligação essencial de um ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesse”, do que deduz que melhor seria definir a relação jurídica como uma relação entre situações subjetivas.<sup>15</sup>

No entender de Goldschmidt, mesmo os vínculos jurídicos nascidos de um processo não se constituem em relações jurídicas, propriamente ditas, dentro da consideração estática do direito. Não são, pois, faculdades nem deveres no sentido de poderes sobre imperativos ou mandatos, mas, segundo o autor, são situações jurídicas, dentro da consideração dinâmica do direito, traduzindo-se

---

<sup>13</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1951, v. 1, t. 1, p. 217.

<sup>14</sup> PERLINGIERI, p. 114.

<sup>15</sup> PERLINGIERI ensina que não se pode distinguir situações subjetivas a não ser em termos quantitativos e sob este aspecto elas podem ser *ativas* ou *passivas*; aquelas compreendendo deveres e obrigações e estas últimas abrangendo direitos e poderes. *Op. cit.*, p. 116.

por situações de expectativa, de possibilidades e de carga (referindo-se aqui à carga probatória).<sup>16</sup>

Explica Perlingieri que toda relação jurídica é composta de uma *função* e de uma *estrutura*. A função da relação é o regulamento do caso concreto para atingir – por meio da disciplina – uma composição harmônica dos centros opostos dos interesses que ela representa. É pela normatização que se firmam a harmonia e o equilíbrio das situações subjetivas: é o ordenamento do caso concreto. Por tal razão, é o ordenamento também definido como um sistema de relações.<sup>17</sup>

Destarte, a relação jurídica, funcionalmente estruturada, é formada por um conjunto de “cláusulas, preceitos, prerrogativas e atribuições”, quer isto dizer, pelo regulamento.<sup>18</sup>

O aspecto *estrutural* da relação jurídica mostra-se pelo relacionamento entre uma situação creditória e uma debitória. Sendo um elemento neutro – já que não exprime ainda o porquê de sua existência, ou seja, a função prático-social que representa –, ela será completada pelo regramento, ou “aspecto causativo da obrigação pecuniária”.

Entende Perlingieri que se a relação jurídica se limitasse apenas ao aspecto estrutural, vale dizer, à relação entre as situações, a disciplina poderia não ficar com sua função devidamente individuada, qual seja: a *causa* daquela obrigação, que é a expressão da própria disciplina.

---

<sup>16</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 8.

<sup>17</sup> Reafirmando seu pensamento, PERLINGIERI explica que “o ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações: o ordenamento, no seu aspecto dinâmico, não é nada mais do que nascimento, atuação, modificação e extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes”. *Op. cit.*, p.113-14.

<sup>18</sup> PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 116.

Assim, o aspecto *funcional* aliado ao *causativo* tem uma mesma meta: individualizar e completar uma relação entre situações subjetivas. E a causa, nas suas variações possíveis, determinará quais são os poderes e obrigações do credor.

É plausível entender, então, que a *causa* poderá ser uma determinante, também, dos poderes e obrigações do devedor, em especial no que diz respeito ao débito probatório de ter ou não adimplido sua obrigação.

Esse tema será tratado em lugar e momento apropriados (Capítulo XII), apenas adiantando que na Argentina, conquanto prevaleça a idéia clássica de se exigir uma prova que comprove a relação entre *culpabilidade e dano*, aos poucos, porém, um caminho novo está a se abrir, deslocando as exigências relativas à carga probatória no sentido *causalidade e culpabilidade*, consoante informação de Zuccherino.<sup>19</sup>

A causa de um hipotético erro médico está, muitas vezes, na resposta do organismo do paciente. Não seria esta, então, uma razão para que a busca de uma possível justificativa (ou não) para aquele “erro” devesse começar por uma pesquisa informativa nos compêndios médicos acerca da técnica utilizada e das possíveis intercorrências que cada ato cirúrgico pode trazer em si? Muitas vezes, a causa do resultado não satisfatório, e considerado como *erro*, está nos livros, claramente explicada, e prevista como uma intercorrência passível de acontecer.

Por tal razão, nos posicionamos literalmente favorável à afirmativa de que “*La culpa del médico comienza cuando terminan las discusiones científicas...*”<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> ZUCCHERINO, Ricardo Miguel. *La praxis médica en la actualidad*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 21.

<sup>20</sup> A mesma conclusão encontrada em vários julgados do vizinho país argentino: CNCiv., Sala B, 11/9/85. La Ley, 1986-A-413; ED, 116-281 y JÁ, 1986-III-131. Também em Rep. ED, 1982-588, e ainda na sentença da CNCiv, Sala L 13.10.90, JÁ, 1991-1-747 e Sala C do mesmo Tribunal, em 22/12/92. Também no autor COLOMBO, Leonardo, *Culpa aquiliana (cuasi-delitos)*. Buenos Aires: La Ley, 1965. *Apud* URRUTIA, A.R.,

E em não havendo aquela possibilidade de pesquisa por falta de conhecimento ou domínio da ciência médica, pergunta-se: essa iniciativa, ou  
sulta a  
ações  
ou uma

## 2.4 A RELAÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS SUBJETIVOS NA VISÃO LUSITANA

Dentro de uma amplitude diversa, Andrade<sup>22</sup> entende como relação jurídica toda situação ou relação de vida social, que ele chama de real, e que é juridicamente relevante, ou seja, produtiva de conseqüências jurídicas e que são disciplinadas pelo Direito.

Assim, numa visão *strictu sensu*, relação jurídica é a relação de vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo, e a correspondente imposição, a outra pessoa, de um dever ou de uma sujeição.

Andrade introduz, na sua definição, os elementos *direito subjetivo*, *dever* e *sujeição*, após o que, comenta a importância da apreensão de cada um deles para uma compreensão mais abrangente do que seja uma relação jurídica.

---

URRUTIA, D.M.; URRUTIA, C.A.; URRUTIA, G.A. *Responsabilidad médico-legal de los anestésistas*. Buenos Aires: La Rocca, 1996. p. 103, nrp nº 36 e 37.

<sup>21</sup> Interessante observar que o próprio estatuto da OAB veda a associação de advogados com representantes de outras profissões. Contudo, parece que esta é uma postura que necessita ser revista, pois em casos de averiguação de responsabilidade médica é quase impossível fazer um bom trabalho sem uma assessoria de alguém da área médica, a não ser que o causídico disponha de conhecimentos em ambas as searas o que é realmente raro. Em tempos de pregação sobre a interdisciplinariedade uma proibição como aquela parece, no mínimo, vetusta

<sup>22</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Sujeito e objeto. Coimbra: Almedina, 1983. v. 1, p. 3.

Nesse mister, define o *direito subjetivo* como sendo a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica para que uma pessoa exija de outra um determinado comportamento, que tanto pode ser positivo (fazer), ou negativo (não fazer) ou, ainda, por um ato de sua vontade.

Esse ato pode existir *per si* ou integrado depois por um ato de autoridade pública (decisão judicial), vindo a produzir determinados efeitos jurídicos que se imporão, inevitavelmente, a alguém.

Quanto aos outros dois termos, segundo Andrade, “basta notar que a situação da pessoa contra quem se dirige o poder jurídico do titular do direito subjetivo constitui o *dever jurídico*, no primeiro caso (quando se trata do poder de exigir ou pretender), e tem o nome de *sujeição*, no outro caso (quando se trata do poder de produzir um efeito jurídico)”.<sup>23</sup>

Para Orlando de Carvalho,<sup>24</sup> os direitos subjetivos dizem respeito às várias faculdades em que se desdobra o poder de autodeterminação do indivíduo e que estão, como faculdades primárias, antes da generalidade dos outros direitos subjetivos (ou que são um *prius* lógico em face dos outros direitos subjetivos).

Iguala-se a Carbonnier,<sup>25</sup> quando diz que a noção chave da disciplina civilista é a dos direitos da pessoa – a dos direitos subjetivos –, mais fundos, urgindo, pois, distingui-los da generalidade dos outros direitos subjetivos, que são apenas um modo de realização dos anteriores.

E, nessa mesma linha de tendência de repersonalização, Carvalho conclui que um direito civil que não parta da pessoa, que não se inicie no homem e no seu poder de autogestão, é um direito civil sem sentido.

---

<sup>23</sup> ANDRADE, p. 3.

<sup>24</sup> CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da teoria jurídica – seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 31.

<sup>25</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF: 1955, p. 129 e ss.

## 2.5 A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE MÉDICO E PACIENTE

Dir-se-ia, então, que a relação jurídica que se estabelece entre o profissional da saúde e o seu cliente insere-se no tipo *fato social de caráter externo*, já que existe e funciona independentemente da circunstância de o paciente vir ou não a fazer uso do trabalho profissional do médico, ainda que esta função exista por ele e para ele.

É, também, uma *relação jurídica* porque se submete a uma regulamentação, seja pelos códigos de ética, seja pela própria ordem jurídica, já que a profissão médica é liberada e legalizada pelo Estado, que a regula e disciplina.

A *matéria* da relação jurídica é a própria atividade do profissional, o que a identifica também com a relação social. “É pessoal a relação jurídica obrigacional, no sentido de ter por objeto a atividade do devedor, positiva ou negativa”.<sup>26</sup>

No que diz respeito à relação jurídica formada entre o médico e seu cliente (nas especialidades da cirurgia plástica estética e da anestesiologia) e o costume de usar da obrigação de resultado para conceituar as prestações obrigacionais das citadas áreas – a balizar-se pelos estudos de Durkheim – parece ser possível identificar tal postura como sendo um “fenômeno social *excepcional*”.

Ou seja, seria um *fenômeno social excepcional* um fato, ou um costume – cujo uso já foi comprovado como errôneo pelos estudiosos do assunto (no caso, pelo país que mais se dedica à pesquisa nessa área, a França) –, ter sua

---

<sup>26</sup> LÔBO, p. 15.

continuidade de uso ainda vigente em país de perfil legislativo e jurídico assemelhado.

Seria válido, então, questionar se não se trataria de uma *patologia*, o fato de estar este conceito ainda arraigado no Brasil (mas já não por unanimidade), vez que diverge do *padrão geral*, tendo, portanto, como característica, a *transitoriedade no tempo*.

Em sendo a resposta positiva, esta levaria a um outro questionamento, qual seja: um tema que é pouco estudado, pouco pesquisado e sobre o qual quase nada se encontra escrito, não acabaria, fatalmente, por ter suas coordenadas mal utilizadas ou, pelo menos, usadas de maneira inadequada?

Observa-se que quando o assunto diz respeito às obrigações de meio e de resultado, conquanto se encontrem inúmeras obras sobre o tema genérico *obrigações*, todavia, ao referirem-se àqueles dois tipos, o assunto costuma se exaurir em sua própria definição ou conceito.<sup>27</sup>

E, então, o gravíssimo “ouvir falar” acaba se tornando a norma. *Ouve-se falar* que as obrigações do cirurgião plástico e do anestesiológico são de resultado.

Mas, há que indagar, também: quantos irão pesquisar e tentar saber a quê tipo de prestação – realmente – se referem uma e outra? E, como pesquisa, infelizmente, não é a característica típica ou dominante da conduta de muitos profissionais do Direito (e, igualmente, de outras profissões), em especial, nos

---

<sup>27</sup> “L’obligation de résultat est celle où le débiteur est tenu d’obtenir un résultat précis, déterminé. Il ne s’agit plus, comme dans l’obligation de diligence, d’un résultat envisagé ou souhaité, mais bien d’un résultat promis ou imposé. On dit, alors que le résultat est *in obligatione*”. CRÉPEAU, Paul-André. *L’intensité de l’obligation juridique*. Québec: Yvon Blais, 1989, p. 11. “A obrigação de resultado é aquela na qual o devedor deve obter um resultado preciso, determinado. Não se trata mais, como na obrigação de diligência (meio) de um resultado desejado, mas de um resultado prometido ou imposto. Diz, então, que o resultado está *in obligatione*”. (tradução livre).



acelerados e difíceis dias da atualidade, então, o *ouvir falar* – em não poucas situações – passa a ser a regra. Até por uma questão de comodidade.

E é por constatações como essas que reside uma grande responsabilidade e um grande valor nas Universidades e suas teses de Pós-Graduação, pois é só por meio da pesquisa e do estudo sério que paradigmas serão mudados. O *ouvir falar* não pode imiscuir-se em searas tão importantes (e muito menos tornar-se a regra).

## 2.6 A INSUFICIÊNCIA DO GENÉRICO NA CONCEITUAÇÃO DE UMA TOTALIDADE

O Direito, hoje, demanda soluções maleáveis e porosas, características estas, necessárias, para que ele, enquanto ciência, possa acompanhar a dinâmica célere e acentuada dos fatos sociais.

A dicotomia meio-resultado tem se mostrado insuficiente, no momento que tenta abranger uma totalidade e, especialmente, esta última, quando se propõe a caracterizar as prestações obrigacionais dos cirurgiões estéticos e dos anestesiólogos.

Enquadrar todas as coisas e fatos dentro de uma totalidade é tendência generalizada no ser humano, todavia, espíritos mais beneficiados pela clarividência do saber – aliado ao esforço da pesquisa – compreenderam que nenhuma totalidade se completa, pois “o caráter relativo de todos os conceitos adequados para o conhecimento da realidade empírica une a amplitude das possibilidades de conhecimento à unilateralidade de cada caso específico; a nitidez do significado em cada caso une a concreção à abstração”.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> JASPERS, Karl. *Método e visão do mundo em Weber*. Trad. Gabriel COHN. In COHN, *op. cit.*, p. 132.

Ao referir-se à extraordinária pessoa de Max Weber (“cujo domínio de uma colossal massa de conhecimentos não significaria mais, de *per si*, do que a rara capacidade de apreensão de sua mente [...]”), Jaspers assim o define:

Ao invés de entregar-se à tentativa inexequível de dar a única forma veraz e válida ao sentido singular que fundamente tudo o que ocorre, ou de encontrar a lei que comande todas as coisas, ou ainda de captar a totalidade do ser, ele apanhava o sentido verificável como aquele visado e produzido por homens reais, nas suas derivações e conseqüências, que sempre e somente são acessíveis ao conhecimento nas suas conexões singulares e de maneira relativa.<sup>29</sup>

Além desse sábio ensinamento, basta a observação da própria vida a ensinar que cada vez que se generaliza algo, aumentam as oportunidades de incorrer em erro. Portanto, há que repetir: nenhuma totalidade se completa. O sentido e o conhecimento verificável só podem ser acessíveis nas suas conexões singulares e de maneira relativa.

Ao transportar tal informação para a temática do presente trabalho, parece ser válido um questionamento se – dentro de sua conexão singular e de sua maneira relativa de atuação – não seria plausível entender que o conceito de obrigação de resultado pudesse ser utilizado – sem incorrer em erronia –, em uma única totalidade: naquela seara isenta do fator álea; uma vez que sua inadequação para outros setores é facilmente identificada por sua própria definição ou conceito.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>30</sup> “Se entiende por obligaciones de resultado aquéllas en las que el deudor se obliga a proporcionar de forma directa y inmediata la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un **resultado** pactado que integra la prestación, un resultado que está *in obligatione*. Por tanto, su cumplimiento o incumplimiento dependerán directamente de la producción o no del resultado y, en cierta medida, serán independientes del grado de diligencia que emplee el deudor en el cumplimiento de la obligación”. ESPANHA. Ministerio de Justicia. Anuario de Derecho Civil. LOBATO GOMEZ, J. Miguel. *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLV, Fascículo II. Madrid: Abr/jun, 1992, p. 653.

Se relação jurídica indica o *vínculo jurídico* que une uma pessoa – como titular de um direito – ao objeto deste mesmo direito, e se na *relação* entre o sujeito e o objeto de um direito se tem o *coração* e a *medula* do próprio direito, porque é ela o seu *conteúdo*, marcando-lhe o valor, a importância e o definindo em seu elemento mais significativo, então parece ser possível inferir que esta relação não pode se alicerçar em indicadores de prestação obrigacional inadequados e, muito menos, falsos.

## 2.7 RELEVÂNCIA JURÍDICA DA EXPECTATIVA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Em sua obra, o Prof. Perlingieri refere-se ao peso que pode ter, juridicamente, o elemento *expectativa*. O terreno abordado por ele, para usar tal figura, é o da *sucessão* e o do *contrato sob condição*. Em que pese estes dois institutos serem alheios ao presente trabalho, pensamos que, de alguma maneira, por analogia, o assunto poderia ser trazido ao âmbito desta tese, haja vista que a expectativa é um elemento presente em toda a área médica e, de maneira ostensiva, na especialidade da cirurgia plástica; daí poder se afirmar que a expectativa é a mais forte das forças subjetivas (aqui entendido no seu sentido de *personalidade*).<sup>31</sup>

A análise do que seja o ideal buscado pelo paciente e a possibilidade, ou não, de atingi-lo, ou de chegar próximo a isso, pode ser de vital importância na conceituação de um resultado final ideal, atingido ou não.

A título de exemplo, vale o comentário que o nariz é um elemento de altíssimo peso na determinação dos traços fisionômicos característicos de uma

---

<sup>31</sup> E aí nos reportamos novamente a PERLINGIERI quando diz que a melhor maneira de definir uma relação jurídica é entendendo-a como uma relação entre situações subjetivas, entre centros de interesses. Ao que adicionaríamos: e que temos que reconhecer que nem sempre são coincidentes.

pessoa, bem como é um componente anatômico que pode vir a definir a beleza ou a fealdade de todo o conjunto facial.

Da observação da vida prática, sabe-se que o trabalho perfeito de um cirurgião, v.g., no caso de uma plástica de nariz, pode ser levado a julgamento em um tribunal jurídico (ou mesmo ético), por conta da insatisfação de uma paciente, em que pese o resultado final atingido ser um nariz perfeito, bonito e funcionando adequadamente. Ainda assim (e por conta de uma *obrigação de resultado*), se esse não correspondeu às expectativas da cliente que, no seu mundo subjetivo, antevia uma outra resultante que lhe daria uma outra expressão facial, aquele resultado não seria considerado válido.

Mediante a conceituação da obrigação de resultado, a prestação obrigacional daquele profissional encontrar-se-ia inadimplida, e uma indenização iria ser considerada como *necessária e justa*.

### 2.7.1 O Elemento “Expectativa” sob a Óptica do Código do Consumidor

Visto também sob a óptica do Código do Consumidor, o elemento expectativa tem um peso bastante considerável.

Entre profissional (prestador de serviço) e paciente (consumidor) existe uma relação de confiança, ou seja, o consumidor crê e espera que o produto ou o serviço que lhe são oferecidos possuam as características que satisfarão suas necessidades pessoais.

Em matéria de proteção à saúde e segurança do consumidor, vige a noção geral de *expectativa legítima*, o que equivale dizer que produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera.

Uma expectativa será considerada legítima quando se mostrar plausível, justificada e real, quando confrontada com o estágio de conhecimento técnico e as condições econômicas da época.

Entretanto, há fronteiras nesta zona de expectativa legítima, fronteiras estas que são caracterizadas por elementos de cunho objetivo e subjetivo.

Os *objetivos*, dizendo respeito à *periculosidade*, que deve estar de acordo com o tipo específico do produto ou do serviço. Os *subjetivos*, relacionando-se ao *preparo* e à *informação* dada ao consumidor, que deve estar conscientizado que não há produto ou serviço totalmente seguro: tanto um quanto o outro podem apresentar um resíduo de insegurança, ou de risco.

No que tange ao exercício da profissão médica, não se pode negar a existência de uma periculosidade inerente à sua função, já que aquele profissional trabalha com margens de previsibilidade e em terreno conjectural.

O *fator objetivo* da expectativa legítima do paciente estaria, então, ligado à normalidade do tratamento ou da cirurgia, em acordância com o estágio do conhecimento técnico-científico da Medicina.

O *fator subjetivo* da expectativa legítima do paciente relacionar-se-ia intimamente com a imprevisibilidade da área de atuação da função médica, em razão de que, o paciente deverá ser convenientemente informado sobre os riscos inseridos no tratamento e/ou cirurgia, e bem preparado acerca da periculosidade inerente à atuação médica. Desta maneira, em se concretizando o risco, este não viria a surpreendê-lo.

A disparidade entre qualquer destes elementos (periculosidade, normalidade, preparo, informação) poderia levar à frustração da expectativa legítima do paciente.

A cirurgia plástica abrange duas searas: a estética e a reparadora. A primeira visa aperfeiçoar o físico do(a) paciente, retirando marcas do tempo ou sinais outros que lhe perturbem o bem viver. A segunda destina-se a corrigir defeitos congênitos ou adquiridos.

A cirurgia plástica, tanto estética quanto reparadora, trabalha sobre um mesmo material: o corpo humano. Vale lembrar que as cirurgias estéticas também têm seu cunho reparador – em especial no que diz respeito ao psiquismo do indivíduo –, como um ser participante que é, de uma comunidade programada para valorizar e prestigiar a beleza e a juventude.

As cirurgias reparadoras, por seu lado, também são estéticas, porque se trata da anomalia com o intuito de embelezar a pessoa, e não de aumentar-lhe a fealdade. Assim, não se justifica separar estes dois contingentes, nem técnica, nem denominativamente.

O que ainda poderia diferenciá-las diria respeito, apenas e tão somente, a um dever de informação mais amplo quando a intervenção se desenvolvesse na área estritamente estética; bem assim, um zelo e cuidado maiores deveriam ser observados, conforme preceituam os teóricos.

Discordamos deste último quesito, haja vista que um cirurgião diligente, ao atuar, não teria como prestar *mais atenção* ou *mais cuidado* ao seu procedimento cirúrgico. Neste momento, todo o seu ser se concentra (ou deveria se concentrar) naquele ato.

Recomendar zelo, cuidado e atenção maiores seria o mesmo que admitir que em uma cirurgia reparadora ele devesse usar apenas  $\frac{1}{2}$  cautela,  $\frac{1}{2}$  atenção e  $\frac{1}{2}$  cuidado e, por ocasião de uma cirurgia estética devesse usar aqueles elementos por inteiro (o que, por óbvio, seria uma incongruência)!

O não fazer uso de toda sua diligência no momento do ato operatório, ou de não informar convenientemente a seu paciente sobre os possíveis riscos ligados ao procedimento cirúrgico, é que seriam os elementos a serem cobrados do profissional, em caso de ocorrência de dano, configurando-se, então, a culpa, na modalidade da negligência.

## 2.8 DENÚNCIA

Na relação jurídica médico-paciente está a ocorrer um fato, até então, não registrado pela Sociologia, ao menos no Brasil (já que nos EUA esta prática é usual).

Estamos a nos referir ao aumento vertiginoso do número de processos contra médicos. Se tal constatação tem seu lado positivo, qual seja – aquele que se sentiu lesado vai em busca do seu direito de ressarcimento – este *fato social* tem também um lado preocupante, e cujos meandros se mostram apenas àqueles que labutam nessa seara específica. Senão, vejamos:

a – uma grande porcentagem de processos contra médicos nasce porque o paciente descontente e/ou sua família, confundem “erro médico” com a evolução biológica – e, portanto, normal – de uma patologia;

b – na área da cirurgia plástica, notadamente, a estética, o que vem ocorrendo é mais grave ainda, já que nada é mais subjetivo que a beleza e, em alguns casos, têm-se visto resultados perfeitos de cirurgias mas, ainda assim, o médico é processado. Talvez a maior incidência deste tipo de reclamação esteja representada pelas cirurgias de nariz, já que este elemento tem o poder de modificar sensivelmente a

fisionomia da pessoa (além do inexplicável peso psicológico que parece trazer consigo – o que é bem conhecido pelos médicos).

O renomado cirurgião, John M. Converse, considerado por muitos como o papa da cirurgia reconstrutiva, ao referir-se às cirurgias de nariz em uma de suas obras, faz um alerta para o fato de que o médico deve ter muita cautela com pacientes com expectativas irreais e, em particular, com pacientes que não tenham alcance do que eles pensam ser errado, porque, além de perigosos, eles podem nunca estar satisfeitos.<sup>32</sup>

Após uma cirurgia plástica, em especial a de nariz, o rosto fica diferente, a expressão fisionômica é outra. Destarte, se o paciente não estiver preparado psicologicamente para essa mudança, acaba por se voltar contra seu cirurgião, independentemente do sucesso da cirurgia.

Mediante o conceito que se tem de uma prestação obrigacional do tipo “de resultado”, a insatisfação do paciente seria o bastante e suficiente para que fosse considerada como inadimplida a obrigação do prestador.

### 2.8.1 Caso Concreto

Ao optar por uma seção com o título de *Denúncia*, entende-se ser este dado uma necessária complementação a alguns pontos críticos mencionados no presente trabalho. Assim, o relato de algo concreto e que lhe diga respeito,

---

<sup>32</sup> CONVERSE, John Marquis. *Reconstructive Plastic Surgery*. 2. ed., Saunders, 1977 v. 2, p. 1.056. “Beware with autistic patients with unrealistic expectation and particularly of patients who cannot pinpoint what they think is wrong. These patients are dangerous because they may never be satisfied”. “Cuidado com pacientes que têm expectativas fora da realidade e particularmente com pacientes que não conseguem assumir que aquilo que pensam está errado. Esses pacientes são perigosos porque podem nunca vir a se satisfazerem”. (Tradução livre).



confirmado pela casuística, pode exemplificar melhor e corroborar as teorias aqui registradas. Por conta disso, relata-se o seguinte:

Paciente portadora de nariz de tamanho avantajado (e ainda adunco), procurou cirurgião especializado em cirurgia plástica, intentando modificação estética no referido órgão.

Conforme é de praxe na seara daquela especialidade, o cirurgião procura diminuir o tamanho do nariz, procedendo à retirada de um determinado volume de cartilagem. Quando o órgão não é muito grande, o procedimento pode se dar a um só tempo cirúrgico; todavia, quando é avantajado, como no caso em questão, o cirurgião cuidadoso deve ter a precaução de pensar na eventualidade de um segundo tempo cirúrgico, ou *retoque*, como é tecnicamente chamado.

Com vistas nisso, ele vai optar por retirar menos cartilagem do que por retirá-la demais, pela simples e óbvia razão que – se tirar demais –, a paciente vai precisar de um *enxerto* (o que poderia ser considerado patológico). Contudo, se tirar menos, resta a possibilidade do procedimento denominado *retoque*, e que favorece enormemente atingir o melhor resultado, pois o cirurgião já tem uma idéia prévia de como está – e de como poderá ficar – o apêndice nasal de sua paciente, após o primeiro procedimento cirúrgico, e antes do *retoque* final.

Interessante frisar que o *retoque cirúrgico* é considerado não só necessário, como faz parte dos procedimentos de rotina de todos os profissionais da mencionada especialidade.

A paciente do caso em comento não aceitou a imagem *não definitiva* de seu nariz, após a primeira intervenção (conquanto lhe fosse insistentemente informado da possibilidade de um futuro *retoque*). Porém, para efetivar este segundo procedimento, era necessário, pelo menos, o espaço temporal de *seis*

*meses*, que é o prazo que o organismo leva para voltar à normalidade parcial, devido ao edema que se forma no nariz. (Diz-se parcial, porque o prazo final pode atingir 12 a 18 meses, conforme informação constante em compêndios médicos).

Ato contínuo, a paciente processou seu cirurgião e, enquanto corria o processo, providenciou o retoque com outro profissional, impedindo que o primeiro pudesse adimplir sua prestação obrigacional.

Durante a audiência era notória a surpresa do magistrado ao olhar as belas fotografias do pós-operatório acostadas aos autos (em comparação com as anteriores) a par da afirmativa categórica da paciente de que deixara de sair à rua devido ao seu novo nariz. Na verdade, seria mais coerente se ela tivesse tido esta conduta *antes* da cirurgia, pois a melhora era flagrantemente óbvia e evidente.

Casos de incoerências como esses ainda são possíveis, graças ao uso corrente de convencionar como sendo de resultado a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético. Por evidente, toda obrigação encerra um resultado, mas não dentro do enfoque *patológico* que lhe tem sido dado nesta área.

Não só a beleza é subjetiva, mas também a idéia que se faz do ideal de beleza é extremamente variável para cada ser.

### 3. MEDICINA - A PRÁTICA DE UM DEVER: OBRIGAÇÃO JURÍDICA E UM DITAME DE CONSCIÊNCIA

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Em acordância com aqueles que entendem o dever como um elemento mais ligado ao terreno da moral que da ética, pode-se, então, tentar apreendê-lo como sendo a necessidade moral de agir de acordo com o previsto, ou com o que é imposto. Esta necessidade moral é o dever (não importa se ético, religioso, jurídico, ou o que seja).

Daniel Coelho de Souza,<sup>1</sup> ao discorrer sobre dever jurídico com base no pensamento de Kant, informa que este filósofo entendia que as ações humanas estão sujeitas a duas modalidades de constrangimento: um *exterior*, que alcançaria apenas os atos externos, e outro *interior*, que exercemos sobre nós mesmos (e este seria o dever).

#### 3.2 OS DEVERES DE DIREITO E AS OBRIGAÇÕES MORAIS

Kant denominou *deveres de direito* àquele tipo de dever que está relacionado com as obrigações que podem ser objeto de constrangimento e de legislação exterior, por serem correlativas a direitos alheios.

---

<sup>1</sup> SOUZA, Daniel Coelho de. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 24, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 432-33. Verbetes *dever jurídico*.

Paralelamente, existiriam as *obrigações morais*, que escapariam a qualquer coação exterior, já que sancionadas pelas exigências de nossa consciência. Assim, o dever de direito (jurídico) geraria *obrigações estritas*, enquanto o dever moral geraria *obrigações latas*.

Do que se pode concluir que, enquanto a moral prescreve máximas gerais, o direito faz a adequação do ato ao paradigma da regra, fixando uma conduta para cada caso em particular.

No entender de Kant, a obrigação jurídica (deveres de direito) jamais constituiria um autêntico dever, porque este se caracteriza como uma exigência interna, conforme já visto, enquanto o direito se contenta com a mera legalidade.

Na continuação de seu trabalho sobre o dever jurídico, Souza pesquisou Rudolf Lann, que renovou e enfatizou a tese de Kant, por entender que o direito só é imperativo de conduta, se lhe é correlata uma regra autônoma, se uma validade é acatada; ou seja, a regra jurídica só obrigaria como dever, quando a consciência individual participasse de sua legitimidade. Portanto, a prática de um dever seria, sempre, um ditame da consciência.<sup>2</sup>

Do que se pode deduzir que toda a doutrina filosófica – que proclama uma identidade entre o dever jurídico e o dever moral – flui da filosofia de Kant, podendo, então ser emoldurada pela frase de Viktor Cathrein: “um dever não moral é uma contradição”.<sup>3</sup>

Entende-se que o dever jurídico nasce de um fato; contudo, nem todos os fatos acarretam deveres: somente aqueles aos quais o direito empresta uma consequência e, por isso, são chamados fatos jurídicos.

---

<sup>2</sup> Apud SOUZA, *Enciclopédia*, p. 433.

<sup>3</sup> Cf. SOUZA, p. 432.

O dever, na conceituação de Álvaro Villaça de Azevedo,<sup>4</sup> teria dois sentidos: um amplo – qualquer dever – no qual a obrigação equivaleria a qualquer tipo de dever, fosse ele moral, social ou religioso, incluindo-se aí o dever jurídico. O segundo sentido, mais restrito – sentido técnico – cingir-se-ia ao âmbito do direito e corresponderia à idéia esboçada no conceito de obrigação: um credor a exigir do devedor uma prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

O inadimplemento daquela ensejaria a execução do patrimônio do devedor, o que caracteriza o aspecto econômico que acompanha o vocábulo *obrigação*, quando usado tecnicamente.

Trazendo o tema para a seara do profissional da saúde, os deveres do médico derivam da finalidade de sua profissão, qual seja, aplicar seus conhecimentos, especialidades e as regras técnicas de sua arte na recuperação e preservação da saúde de seus pacientes.<sup>5</sup>

### 3.3 DEVER LEGAL E EXERCÍCIO DE UM DIREITO: SUA CORRELAÇÃO COM A PROFISSÃO MÉDICA

Conquanto as duas figuras em epígrafe se relacionem com o Direito Penal – e o presente trabalho insira-se na órbita do Direito Civil – é mister salientar que o exercício da profissão médica tem nuanças que demandam uma breve intromissão naquela área.

As duas figuras – *dever legal e exercício regular de um direito* – guardam uma identidade muito próxima entre si pois, conforme o conhecimento

---

<sup>4</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito civil**. Teoria geral das obrigações. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 40-43.

<sup>5</sup> **Código de Ética Médica**. Capítulo I - Princípios Fundamentais – Art 2º: “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

genérico que “não há direito sem um dever correlato”, poder-se-ia dizer – numa conclusão apenas óbvia – que um ato praticado no estrito cumprimento do dever legal, o é, porque o agente tem o *direito* de praticá-lo.

Todavia, nem todos os autores aceitam de maneira branda esta “obviedade”. Galdino Siqueira entende que as duas figuras são diferentes entre si, porque, no estrito cumprimento do dever legal “compreendem-se as ações que a lei diretamente determina e que o sujeito diretamente cumpre, posto que, no segundo caso – no exercício regular de um direito –, compreendem-se as ações que a lei não proíbe”.<sup>6</sup>

Por sua vez, José Peco esclarece que a independência entre as formulações do exercício de um direito, ofício ou cargo e o cumprimento de um dever são, algumas vezes, confundidas em determinadas legislações. Contudo, o que predomina é a tradição hispano-americana, apoiada no direito argentino, segundo a qual “no exercício do direito, ofício ou cargo há um poder, uma faculdade; no cumprimento da norma jurídica não há um direito, mas um dever”.<sup>7</sup>

Comenta o autor que as expressões “ofício ou cargo” não constam do Código Penal brasileiro, o que não deixa de ser lastimável, pois ampliaria a extensão de sua aplicabilidade em áreas que estão cada vez mais inseridas no contexto do assunto em epígrafe.

---

<sup>6</sup> SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1947, p. 359, n° 306, parág. 38.

<sup>7</sup> PECO, José. **Proyecto de Código Penal; Exposición de Motivos**. Buenos Aires: Arayá, 1942, p. 118, n. 40.

### 3.4 DIFERENCIAÇÃO DOS DEVERES. O DEVER DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Sabe-se que os deveres se diferenciam em *simples*, *complexos* e *alternativos*. Os *simples* consistem na prática de um ato; os *complexos* na prática de mais de um ato para que se efetive a completa execução do dever e, por último, os *alternativos*, que dão ao devedor a concessão de escolha entre prestações diversas.

Essa diferenciação mostra-se importante para o presente trabalho e, em especial, o tipo de dever denominado *complexo*, já que na seara da cirurgia plástica é muito comum que a prestação obrigacional do operador não se complete em um só ato, uma vez que a maioria das intervenções, naquela área, demanda um *retoque* (pequena cirurgia complementar).

Dentro desse enfoque, poder-se-ia, então, pressupor que na área de especialidade da cirurgia plástica, a obrigação de fazer do cirurgião incluir-se-ia na modalidade do *dever complexo* pois, conforme mencionado, é mais comum que seu trabalho não se esgote em apenas um ato.

De um modo geral, pois, a cirurgia plástica demanda *retoques*, vez que a norma do bom senso manda que o cirurgião, na dúvida, retire *material a menos* (tecido, cartilagem, gordura, e outros) do que a *mais*.

Explica-se o fato, por ser óbvia a diferença de gravidade entre a necessidade de um *simples retoque* e a necessidade de um *enxerto*. Portanto, a sua prestação obrigacional ficaria sujeita à prática de mais de um ato cirúrgico, em relação ao mesmo fato, não sendo tal circunstância um indicativo, para o paciente, de fracasso do primeiro procedimento.

Entretanto, não é o que ocorre na prática pois, dentro do conceito de uma obrigação de resultado, o paciente, na sua expectativa pessoal, espera e prevê que o resultado ideal já se faça sentir após a primeira intervenção, o que, por óbvio, pode não ocorrer em determinadas situações.<sup>8</sup>

Destarte, dentro da especialidade da cirurgia plástica, é bastante comum que se proceda, posteriormente, a uma ou mais pequenas intervenções para corrigir uma retração cicatricial, uma sobra de pele ou coisa similar.

Na prática, todavia, o que se vê é que pacientes há que sequer têm a necessária paciência, tolerância e compreensão de esperar que o edema gerado pela intervenção seja eliminado, o que pode levar de 6 a 18 meses, ou até mais, dependendo do caso, da amplitude e do local da cirurgia efetuada.

É neste momento que a devida e adequada informação recebida previamente, o conhecimento do risco e a consciência da imprevisibilidade, tornam-se importantes para que o paciente aceite aquele segundo (ou terceiro) procedimento, como um fato normal e inerente à prestação obrigacional do médico, com a finalidade de atingir o melhor resultado possível, trabalhando ele, como trabalha, em terreno imprevisível e se servindo de uma ciência, ou arte, conjectural.

---

<sup>8</sup> Se neste ínterim o paciente decidir procurar um advogado, o arraigado conceito que se tem acerca da obrigação de resultado naquela área específica da Medicina será o bastante e suficiente para que um profissional seja processado. Ao menos, esta é a desalentadora realidade que a vida prática tem demonstrado diuturnamente.



### 3.5 O TRABALHO MÉDICO: CUMPRIMENTO DE UM DEVER OU EXERCÍCIO DE UM DIREITO?

No cumprimento de um dever legal o agente tem a *obrigação de fazer*, sob pena de responsabilização. Por sua vez, no exercício de um direito, informa Délio Magalhães, nenhuma responsabilidade lhe caberá em caso de omissão, porque se trata de um direito subjetivo: fa-lo-á em razão de uma faculdade. Mesmo porque, se o cumprimento de um dever é necessariamente imposto, então o exercício de um direito tem que ser livre, pois se imposto fosse, converter-se-ia em dever.<sup>9</sup>

Entendemos que o trabalho médico se insere em um *exercício de direito*. Contudo, discordamos – e neste caso em especial –, da afirmativa acima de que nenhuma responsabilidade lhe caberia em caso de omissão. O médico será, sim, responsabilizado quando ocorrer um dano ao paciente, e este tenha se originado em razão de sua omissão, até porque esta é uma das modalidades da culpa médica.

Impende, porém, aceitar o fato de que há determinados momentos nos quais este direito mostra-se bastante especial, e isto diz respeito a situações, quando cabe ao médico – e só a ele – ser o árbitro absoluto de uma decisão a ser tomada.

Sabe-se que aquele profissional não pode se omitir de atender a um paciente, quando não haja outro médico para fazê-lo.<sup>10</sup> Contudo, uma circunstância diversa também pode ocorrer: quando o médico é um só, e os pacientes são vários. Então, em um caso de urgência a escolha será sua e, de

---

<sup>9</sup> MAGALHÃES, Délio. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 24, p. 438. *Verbete dever legal e exercício regular de direito*.

<sup>10</sup> **Código de Ética Médica**. Capítulo V. “É vedado ao médico: **Art. 58** – Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo”.

negligência não poderá ser acusado, se outro paciente tiver que esperar, ou sequer for atendido.

É de se lembrar, também, que há médicos que exercem a profissão junto a uma corporação militar: aí sua atividade profissional, além de estar inserida em um *exercício de um direito*, ainda vai se caracterizar como *cumprimento de um dever legal*, já que na execução deste, se pressupõe, em regra geral, um funcionário ou um militar, agindo por ordem da lei, em estrita obediência.<sup>11</sup>

Também pode ocorrer o caso inverso, ou seja, quando o particular é atingido pela lei e tem que se insurgir (*legalmente*) contra preceito (*também*) legal ou ético, mudando sua conduta em favor de outro interesse protegido. Exemplo típico de tal situação é dado pelo ordenamento ético, penal e trabalhista, no que se refere ao sigilo médico.<sup>12</sup>

Assim, por força do artigo 269 do Código Penal, o médico é obrigado a quebrar o sigilo profissional e denunciar à autoridade pública uma doença cuja notificação é compulsória. Neste caso, deve o facultativo abdicar do *exercício do direito* de guardar sigilo profissional em favor do *dever legal* de comunicar fato que lhe foi confiado no recesso de seu consultório.

---

<sup>11</sup> Em discordância a esta afirmação Anibal BRUNO e Edgar de Magalhães NORONHA entendem que dever legal não diz respeito só a funcionário público ou a cargo e/ou função, mas também ao particular. Cf. MAGALHÃES (Délío), p. 442

<sup>12</sup> **Código de Ética Médica**. Capítulo 1. “**Art. 11** – O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade”.

**Código Penal**. “**Art. 269** – Deixar o médico de comunicar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

**CLT** – “**Art. 169** – Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas por condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho”.

### 3.6. O EXERCÍCIO DA MEDICINA E A POSSIBILIDADE DE MATAR

Conquanto a lei penal (moral, ética ou religiosa) não confira a ninguém o direito de matar, algumas possibilidades existem, pelas quais um indivíduo possa vir a tirar a vida de outrem e, independentemente disso, ocorrer a exclusão da criminalidade. São elas:

- a) em legítima defesa (ou de defesa inevitável);
- b) em estado de necessidade;
- c) em estrito cumprimento do dever legal;
- d) no exercício regular de um direito.

Para situar o trabalho médico, bem como entender que situações ocorrem em que ele acaba por tirar a vida de seu paciente – na tentativa de restitui-lhe a saúde –, há que se fazer uma diferenciação específica entre *estrito cumprimento do dever legal* e o *exercício regular de um direito*.

#### 3.6.1 Estrito Cumprimento do Dever Legal

Prevê a legislação que não há crime quando o sujeito pratica o fato em *estrito cumprimento do dever legal*: é causa de antijuridicidade (art. 23 do Código Penal). Contudo, a excludente só ocorrerá quando se tratar de dever imposto pelo direito objetivo. Assim, não estarão aí incluídas as obrigações de natureza social, moral ou religiosa.

O dever a ser cumprido pode estar contido em um regulamento, um decreto ou qualquer ato emanado do Poder Público, desde que tenha caráter geral. Outra situação diversa diz respeito ao tipo de obediência hierárquica devida a uma resolução administrativa<sup>13</sup> (art. 22, 2ª parte).

O dever pode ser imposto por qualquer lei (penal ou extrapenal), e a atividade pode ser pública ou privada. Necessário é que o sujeito pratique o ato dentro do estrito cumprimento de um dever legal e que tenha *conhecimento* de que o está praticando em razão de um dever imposto pela lei.

### 3.6.2 Exercício Regular de um Direito

Não há crime quando o sujeito pratica o ato no *exercício regular de um direito*, que é subjetivo, e pode ser oriundo tanto de norma penal quanto extrapenal, em razão do quê perde seu caráter de antijuridicidade.

O *exercício regular de um direito* tem requisitos *objetivos* e *subjetivos*: os primeiros são traçados pelo Poder Público (se assim não fosse, caracterizar-se-ia por abuso de direito ou conduta abusiva). Os segundos dizem respeito ao *conhecimento* que o agente deve ter de que pratica o ato no exercício regular de um direito.

## 3.7 AS FIGURAS EXCLUDENTES DA LESÃO NA ATUAÇÃO MÉDICA

A atuação do médico – em especial as intervenções cirúrgicas que lesionam o corpo do paciente – constitui-se em um *exercício regular de um*

---

<sup>13</sup> **Código Penal.** Coação irresistível e obediência hierárquica. “Art. 22 – Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

*direito* que lhe é conferido pelo Estado, mediante uma habilitação legal para o exercício da Medicina.

Parte da doutrina, segundo Damásio de Jesus, entende que, no caso da profissão médica, a exclusão da ilicitude ocorre por força do estado de necessidade.

“De observar-se, porém, que nem sempre se acham presentes os requisitos do fato necessário. Assim é possível a prática de uma cirurgia sem que o paciente esteja sofrendo perigo atual ou iminente à sua vida ou integridade corporal”.<sup>14</sup>

Só pode praticar o ato pessoa habilitada para o exercício da Medicina, haja vista que, em não se verificando tal habilitação, estaria caracterizada a prática de charlatanismo.

Contudo, situações excepcionais podem ocorrer e demandar que um leigo – em face da impossibilidade absoluta de socorrer-se de um profissional – venha a realizar um ato médico com o intuito de salvar a vida ou preservar a saúde de terceiro, frente a perigo certo, atual ou iminente. Estaria, então, caracterizado, em tal situação, o que se convencionou chamar de *estado de necessidade*.

O médico, por força das imposições do exercício de sua profissão, tem, muitas vezes, de decidir qual paciente atender, ou qual órgão sacrificar e, neste momento, entende-se que ele é – e o deve ser – o único árbitro, justificando a conduta escolhida, então, pelo *estado de necessidade* e pelo *exercício regular de um direito*.

---

<sup>14</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1992, p. 396.

Todavia, em condições normais de atendimento, parece ser lógico concluir que se trata apenas do exercício regular de um direito. O estado de necessidade, assim, ficaria para caracterizar situações anômalas ou intercorrências inusitadas no seu exercício profissional.

A prática médica – ou o exercício regular de um direito – é realizada de acordo com os meios e técnicas admitidas, e com a anuência do Estado pois, conforme ensina Anibal Bruno,<sup>15</sup> se o Estado reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica, impondo para o seu exercício condições especiais de preparação técnica, bem como a exigência de uma habilitação legal, então, tem – como consequência – de reconhecer como legítimos os atos que a sua prática regularmente comporta, incluídos aí os riscos.

### 3.8 O DEVER DO MÉDICO FRENTE AO CONTEÚDO DO ARTIGO 58 DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

O artigo 58 do Código de Ética Médica determina ser vedado ao médico “Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo”.

Por força desse dispositivo, é mister analisar-se como fica a responsabilidade de um médico – que trabalha (ou que se encontra naquele momento específico) sozinho –, frente a uma situação na qual dois pacientes necessitam ser atendidos, apresentando patologias diferentes e ambas demandando urgência.

São essas as circunstâncias especiais por conta de que – e quando – se pode concluir ser o profissional o árbitro absoluto, pois será o seu bom senso, e

---

<sup>15</sup> BRUNO, Anibal. **Direito Penal**, t. 2, Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1985, p. 12.

o domínio de sua arte, que determinarão a sua conduta: o caso mais grave e de maior urgência deverá receber cuidado em primeiro lugar e, para esta decisão, o médico é, e deve ser, o único juiz. Parece ser lógico concluir que cabe a ele, e a ninguém mais, escolher a prioridade de qual paciente receberá sua atenção e seu cuidado.

Verificando-se algum tipo de dano para aquele paciente que teve que esperar, em razão da escolha médica, ficaria, aí também, caracterizado um *estado de necessidade*, ou seja, o ato médico poderia ter sua licitude garantida por um estado de necessidade, dentro do exercício regular de um direito.

Porém, conforme já mencionado anteriormente, essa caracterização seria aceitável apenas frente a situações anômalas ou extremas. De resto, sua atuação insere-se no exercício regular de um direito e, se for ele médico militar, soma-se sua atuação a outra alternativa já mencionada: o estrito cumprimento do dever legal.

### 3.9 ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Médico de pequeno hospital de cidade do interior foi chamado para atender paciente idoso, cardíaco, apresentando fortes dores no peito. Tais sintomas sugeriam um infarto iminente.

Concomitantemente, havia dado entrada no mesmo nosocômio uma parturiente em fase final de trabalho de parto, aparentemente estando seu caso dentro dos níveis de normalidade.

O médico, pautado no discernimento que seu conhecimento técnico-científico lhe conferia, optou por atender ao cliente idoso, já que se tratava de

uma patologia de caráter emergencial. Deixou, então a parturiente aos cuidados de duas experientes enfermeiras. É bom frisar que parto é um *ato fisiológico*, portanto, não é uma patologia.

Contornado o problema cardíaco do paciente idoso e finalizado o exame de eletrocardiograma, dirigiu-se o médico, imediatamente, à sala de parto, ainda em tempo de presenciar o nascimento do bebê que, malfadadamente, apresentava duas circulares de cordão e sofrimento fetal.<sup>16</sup>

O neonato recebeu, então, de imediato, todos os procedimentos necessários para uma boa oxigenação e, transcorridos quarenta minutos, suas funções vitais estavam normalizadas, sendo mantida a oxigenação por precaução.

Como o hospital não dispunha de UTI pediátrica, o bebê foi encaminhado, 24 horas depois de seu nascimento – também por precaução, já que estava bem – para um hospital maior e de melhores condições de atendimento, onde, inexplicavelmente, foi a óbito, três dias depois de lá chegar.

O paciente idoso recuperou-se, vindo a falecer, alguns anos mais tarde, de moléstia cardíaca.

O médico está, atualmente, sendo processado, criminalmente, por homicídio culposo pela morte do bebê.<sup>17</sup>

O caso, acima relatado, insere-se, com perfeição, nos moldes da figura do *estado de necessidade* dentro do *exercício regular de um direito*: só cabia ao médico decidir a quem atender primeiramente. Entre um estado fisiológico e um

---

<sup>16</sup> Circular de cordão: quando o cordão umbelical enrola-se no pescoço do nascituro. Sofrimento fetal: sinais vitais do feto abaixo dos níveis ideais.

<sup>17</sup> Processo Criminal nº 14/99. Comarca de Alto Paraná/PR.



estado patológico, por óbvio, teria ele que optar pelo segundo, como realmente o fez.

Por sua vez, as enfermeiras – que eram também experientes obstetrites – não tinham o menor conhecimento acerca do manejo de um aparelho como o eletrocardiógrafo e, tampouco, o que fazer em uma emergência na área cardiológica.

Portanto, a escolha do médico foi acertada e assente no conhecimento técnico-científico que o momento demandava. Lamentavelmente, a Medicina, não sendo uma ciência exata, pode acarretar resultados diferentes para procedimentos e condutas de casos idênticos, fato este que, na maioria das vezes, foge à compreensão dos leigos.

## 4. DA PRESTAÇÃO

### 4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O vocábulo prestação vem do latim, *praestatio*, do verbo *praestare* e, na linguagem técnica do Direito Romano dizia respeito ao fornecimento que o devedor deveria fazer ao credor de alguma coisa. *Praestare* tinha, pois, o sentido de *facere* (fazer).

Hodiernamente, a palavra refere-se tanto à *prestação de coisas* (nas obrigações de dar), como à *prestação de fato* (nas obrigações de fazer e não fazer). Implicitamente, quer significar o mesmo *fornecimento* do tempo dos antigos romanos, já que o devedor de uma prestação dá alguma coisa ao credor, ou executa um ato para aquele e, tanto em um caso, quanto no outro, o seu *dar* ou o seu *fazer* são o objeto de sua obrigação. E, conforme prega a doutrina, uma obrigação é uma relação jurídica pela qual alguém deve realizar uma prestação de conteúdo econômico em favor de outrem.

Quanto ao objeto da obrigação, informa Moreira Alves,<sup>1</sup> é tradicionalmente considerado como sendo a prestação, cujo conteúdo pode se traduzir em um dar, um fazer ou um não fazer algo. “O objeto do adimplemento é a prestação exata do que se deve”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1972, p. 20.

<sup>2</sup> LÓBO, p. 50.

Todavia, o conceito não é unânime, havendo quem entenda que a prestação não é o objeto da obrigação: o objeto seria o seu conteúdo.<sup>3</sup>

As fontes romanas, referindo-se ao conteúdo da prestação empregam os vocábulos verbais *dare, facere e prestare*.

De acordo com informações de Sciascia e Corrêa, *dare* indica o dever de transferir ao credor a propriedade de uma coisa, ou o direito real. *Facere* é o dever para com o credor de praticar, ou não, um determinado ato, abrangendo, portanto, também o *non facere*. *Praestare* é um termo geral e abrange qualquer objeto da obrigação, seja de dar, seja de fazer.<sup>4</sup>

A prestação, por sua vez, deve também ser *possível*, física e juridicamente; ser *lícita*, não atentando, pois, contra o direito objetivo, nem contra os bons costumes; ser *determinada* ou determinável, para que se saiba qual será a prestação e, por último, *representar interesse econômico para o credor*.<sup>5</sup>

Informa Moreira Alves que, no Direito Romano clássico, esses elementos eram rigidamente observados, e a obrigação não existia se a prestação não os contivesse todos.<sup>6</sup>

Quando se decompõe uma relação jurídico-obrigacional, vai-se encontrar “entre os seus elementos um processo de compreender sua estrutura”

---

<sup>3</sup> Informa MOREIRA ALVES que para SAVIGNY o objeto da obrigação encontrar-se-ia no ato que o devedor deveria realizar, enquanto HARTMANN entende que se deveria eliminar a idéia de prestação, substituindo-a pela *de finalidade* ou *escopo*, porquanto o que distinguiria a obrigação dos direitos reais seria o fato de que estes existem, independentemente, de qualquer escopo, enquanto aquelas necessitam, para existir, de uma finalidade, subsistindo apenas enquanto ela não se realiza. *Loc. et op. cit.*

<sup>4</sup> CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 164-65.

<sup>5</sup> MOREIRA ALVES informa que autores como IHERING e KOHLER, por exemplo, defendem a tese de que não é indispensável que a prestação represente interesse econômico para o credor, conquanto esta postura vá de encontro à opinião da maioria dos romanistas. Para LÔBO, “pode haver interesse somente moral na prestação, mas deve ser suscetível de valorização econômica”. É regra do Direito Civil italiano e, conquanto inexista expressamente no Direito brasileiro, seu uso é amplamente aceito na doutrina. *Opus cit.*, p. 16.

<sup>6</sup> MOREIRA ALVES, *op. et loc. cit.*

e, ao proceder metodologicamente, “*numa linha de pensamento lógico-categorial, encontramos três elementos essenciais para o conceito de obrigação: o sujeito, o objecto e o vínculo jurídico*”.<sup>7</sup>

Os sujeitos são o credor e o devedor; o objeto é a prestação debitória, e o vínculo jurídico é o “nexo ideal que liga o poder (jurídico) do credor ao dever do devedor”.<sup>8</sup>

#### 4.2 O OBJETO DA OBRIGAÇÃO: A PRESTAÇÃO

Ao afirmar que o objeto da obrigação é a prestação, Faria explica que “é, numa palavra, o comportamento positivo ou negativo a que o devedor se encontra adstrito e que serve à satisfação dos interesses do credor”.<sup>9</sup>

Complementa informando que o dever de prestação resulta do negócio jurídico (como o proprietário que vende a fruta e tem o dever de entregá-la ao comprador) ou, então, aquele dever que advém da própria lei (o lesante de um direito que deve indenizar os prejuízos da lesão). Sendo um comportamento positivo ou negativo, a prestação pode consistir, por óbvio, de uma ação, de uma omissão ou, até, de uma tolerância.<sup>10</sup>

A prestação, sendo o objeto da obrigação, pode ser vista, ainda, sob um duplo prisma: como objeto imediato – que no exemplo dado seria representado pela entrega da fruta – e como objeto mediato – a própria fruta.<sup>11</sup> Portanto, o *objeto imediato* seria a prestação, e o *objeto mediato* seria a coisa em si mesma.

---

<sup>7</sup> FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, v. 1, 1990, p. 55.

<sup>8</sup> *Op. et loc. cit.*

<sup>9</sup> FARIA, p. 62.

<sup>10</sup> FARIA, p. 62-3.

<sup>11</sup> FARIA, p. 63.

Entende Faria que essa dicotomia assume particular relevo nos casos de prestação de coisas, importância esta que fica diluída quando o assunto é “prestação de factos”.<sup>12</sup>

Na *prestação de coisa*, como seu nome indica, “o comportamento do devedor visa dar, entregar ou restituir uma coisa ao credor”. A *prestação de fato*, por sua vez, é aquela cujo objeto se esgota num fato do devedor, seja este fato positivo, ou seja negativo.<sup>13</sup>

Varela informa que nas prestações de fato cabem tanto as obrigações de fazer, como as de não fazer e, nas primeiras cabem tanto a prestação de fatos naturais, espirituais ou intelectuais, quanto de fatos jurídicos.<sup>14</sup>

Explica o autor lusitano *ult. cit.* que essencial para que haja uma *prestação de fato*, e não uma *prestação de coisa*, é que o fato a que o devedor se encontra vinculado não seja uma prestação de coisa e, em seguida, explica esta putativa redundância, dizendo que se o devedor “promete entregar uma coisa, a prestação não se converte em mera prestação de fato pela circunstância de ele ter que confeccionar previamente a coisa”.<sup>15</sup>

Como exemplo de obrigação de *prestação de fato positiva* (ação), indica as obrigações de um professor, de ensinar o aluno; do artista, em participar do espetáculo, ao qual se engajou; de uma empresa de transporte, de transportar a mercadoria.

Como exemplo de obrigação de *prestação de fato negativa* (omissão), aponta as obrigações de sigilo imposta ao padre, ao médico ou ao advogado; a

---

<sup>12</sup> *Loc. et op. cit.*

<sup>13</sup> VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1977, p. 80

<sup>14</sup> VARELA, p. 80.

<sup>15</sup> VARELA, p. 80, n.º 83.

obrigação de não se utilizar do bem depositado; a obrigação de não concorrência sobre alienante de estabelecimento concorrente.<sup>16</sup>

#### 4.3 PRESTAÇÕES INSTANTÂNEAS E PRESTAÇÕES DURADOURAS

Uma prestação pode realizar-se e esgotar-se em um só ato: são as obrigações cujo cumprimento se exaure em prestações singulares, “num só momento temporal. É a entrega de um quadro comprado ou de um automóvel adquirido”.<sup>17</sup>

Outras há, contudo, que se prolongam no tempo: são as duradouras. Como exemplos, os contratos de trabalho, de arrendamento, de empréstimo, de sociedade, entre outras.

Dentro desse último tipo podem subsistir dois subtipos, ou seja, a prestação pode consistir de um comportamento ininterrupto e então se constitui na denominada *prestação de execução continuada*. Ou, ainda, pode consistir de prestações singulares que se sucedem no tempo, podendo até ter uma certa periodicidade: são conhecidas como prestações *reiteradas* ou *periódicas*.<sup>18</sup>

Ainda quanto ao tempo de sua execução, tanto as prestações instantâneas quanto as duradouras podem se classificar, como categoria autônoma, em prestação *fracionada*, *divididas* ou *repetidas*.<sup>19</sup>

Essas têm em comum com as anteriores o fato de a sua execução se prolongar no tempo, “mas diferem delas pela circunstância de o seu objeto estar

---

<sup>16</sup> VARELA, p. 81.

<sup>17</sup> FARIA, p. 81.

<sup>18</sup> FARIA, p. 82.

<sup>19</sup> VARELA, p. 84.

previamente determinado e não depender, conseqüentemente, de sua duração no tempo”<sup>20</sup>.

É o caso, por exemplo, do fornecimento de determinada mercadoria, em quantidade previamente ajustada, mas distribuída em várias partidas ou, ainda, das vendas à prestação.

A partir do término da 2ª Guerra Mundial, a fisionomia jurídica do mundo econômico passou por uma transformação radical. Uma das conseqüências observadas, segundo Varela, foi que as relações econômicas passaram a incidir, cada vez mais, sobre a prestação de serviços, desenvolvendo oferta de prestações de fato, que mal poderiam ser imaginadas alguns anos atrás.<sup>21</sup> Um exemplo disso tem-se hoje na terceirização dos serviços.

#### 4.4 TIPO DE PRESTAÇÕES FUNGÍVEIS E NÃO FUNGÍVEIS NO ATENDIMENTO MÉDICO

A classificação das prestações em fungíveis e não fungíveis toma por critério básico a possibilidade de substituição do devedor no cumprimento da obrigação.

Assim, fungível seria a prestação que poderia ser efetuada mesmo contra a vontade do credor, por pessoa diferente do devedor, enquanto a prestação não fungível seria aquela cuja realização só poderia ser levada a cabo pelo devedor, já que pesam aqui as aptidões técnicas ou outras qualidades que lhe são inerentes.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> VARELA, p. 86.

<sup>21</sup> VARELA, p. 81.

<sup>22</sup> VARELA, p. 88.

No caso do exercício da Medicina, em uma obrigação de fazer com prestação não fungível, vale lembrar o ensinamento de Lôbo: “As obrigações de fazer envolvem ação humana até o limite que o ser humano pode física e psiquicamente atingir, ou até onde o direito admite”. E conclui que, quando se convencionar que a obrigação será executada pessoalmente pelo devedor, não está o credor obrigado a aceitá-la, se executada por terceiro, mesmo que de modo satisfatório.<sup>23</sup>

Esta distinção, por óbvio, diz respeito às obrigações de *prestação de fato*, já que na *prestação de coisa* torna-se indiferente a pessoa do adimplente. O seu fundamento assenta-se na vontade das partes e, segundo Varela, subsidiariamente, no interesse do credor.<sup>24</sup>

#### 4.5 PATRIMONIALIDADE OU CONTEÚDO ECONÔMICO DA PRESTAÇÃO

Varela levanta a questão – segundo ele bastante controvertida entre os autores – sobre o fato de saber se a prestação necessita ter valor econômico ou patrimonial para que possa constituir o objeto da prestação.

Informa o jurista lusitano que a tomada de posição efetivada pelo Código Civil italiano de 1942, veio reforçar a idéia de que “para a constituição válida de uma obrigação jurídica não é essencial que o interesse do credor seja de caráter econômico ou patrimonial – *appréciable à prix d'argent*”.<sup>25</sup>

Pondera ainda o autor que “mesmo que o interesse do credor seja de natureza moral, espiritual, filantrópica ou recreativa, a obrigação pode

---

<sup>23</sup> LÔBO, p. 25.

<sup>24</sup> *Loc. et op. cit.*

<sup>25</sup> VARELA, p. 90.



constituir-se validamente, desde que a prestação, em si mesma considerada, seja suscetível de avaliação pecuniária”.<sup>26</sup>

Uma profícua reflexão sobre o tema levou à redação do art. 1.174 do Código Civil italiano, que preleciona: “A prestação que constitui objeto da obrigação deve ser suscetível de condição econômica e deve corresponder a um interesse, ainda que não patrimonial, do credor”.

Exemplifica Varela que existe uma validade de obrigação assumida por uma empresa organizadora de um concerto musical, ou de um recital de poesias, frente aos que compram o ingresso. O interesse dos credores na prestação devida pode ser puramente espiritual, moral, filantrópico ou mundano, todavia, a obrigação da empresa se reflete em uma prestação prometida, suscetível de avaliação patrimonial, representada pelo preço do ingresso.<sup>27</sup>

Indaga, ainda, Varela se a prestação necessitaria efetivamente de ser avaliável em dinheiro, ou seja, de ser suscetível de estimação econômica, para que pudesse constituir objeto de obrigação. Informa o autor que, no Brasil, esta questão não tem resposta direta no direito constituído, haja vista que aqui ainda são relativamente freqüentes os encargos de natureza não patrimonial, impostos em doações e em disposições de última vontade.<sup>28</sup>

Pondera, então, que a razão pela qual muitos autores insistem na necessidade do caráter patrimonial da prestação é por uma pura consideração de ordem prática e processual. Conclui, em seguida, que nenhuma razão subsiste para que não sejam consideradas válidas as obrigações, cujo objeto seja uma

---

<sup>26</sup> *Loc. et op. cit.*

<sup>27</sup> *Loc. et op. cit.*

<sup>28</sup> O proprietário de um jardim faz doação deste a um sobrinho, deixando-lhe, contudo, o encargo de mantê-lo franqueado à visitação pública. Uma benemérita senhora deixa todos os seus bens para uma instituição de assistência, mas com o encargo de mandar rezar, todos os anos, um certo número de missas em intenção de sua alma ou, então, de colocar o retrato de seu pai no salão nobre da instituição. Cf. VARELA, *op. cit.*, p. 91.

prestação que, embora não possua valor pecuniário, corresponda a um interesse – ideal, moral ou afetivo – do credor.<sup>29</sup>

#### 4.5.1 O Conteúdo da Prestação Obrigacional do Médico

No que diz respeito ao exercício profissional do médico, e com base nos elementos supraconceituados, é possível inferir que sua prestação está representada por sua própria atividade, por um comportamento, na maioria das vezes positivo (ação que se efetiva por um tratamento ou cirurgia), para satisfazer o interesse do credor/paciente, com vista a que este alcance a cura ou a melhora de sua patologia ou, ainda, elimine ou atenuar algum defeito ou algo que ele julgue antiestético, e que lhe diminua o bem-estar.

Caracteriza-se, também, como uma *prestação de fato positiva* (ação), pois se esgota em um fato do devedor, qual seja, o atendimento dispensado ao cliente pelo profissional. A par dessa, há uma obrigação de *prestação de fato negativa* (omissão), representada pelo sigilo profissional que lhe é obrigatório por força de seu código de ética (salvaguardadas as exceções previstas em lei).

É uma *prestação reiterada*, já que consiste de prestações singulares que se sucedem no tempo, uma vez que o médico, ao atender seu cliente, pede-lhe exames e lhe prescreve medicamentos, após o que necessita fazer o devido acompanhamento da resposta orgânica de seu paciente, frente à conduta terapêutica escolhida.

Quando o caso é de operação, os mesmos procedimentos se repetem, haja vista que há todo um acompanhamento pós-cirúrgico.

---

<sup>29</sup> VARELA, p. 91-3.

Por tais características, é possível, também, inserir a prestação do trabalho médico na categoria autônoma da prestação fracionada ou repetida, que se constitui nas visitas médicas e nos retornos do paciente ao seu consultório para o devido acompanhamento de sua recuperação (ou não). Nos casos pós-cirúrgicos, passado o período crítico, é comum o paciente ser visto uma vez por mês, durante seis meses, quando a evolução do caso se faz dentro da normalidade prevista.

Quanto à classificação das prestações em fungíveis e não fungíveis, é possível entender que a obrigação de prestação do profissional médico tanto pode estar inserida em um tipo quanto no outro. E isto explica-se, principalmente, depois da socialização da Medicina, quando, então, é comum que um paciente (em especial do SUS) sequer saiba quem é o médico que irá atendê-lo.

Por contra, quando se trata de uma especialidade, em razão da qual um profissional é buscado por sua capacidade técnico-científica, a prestação apresenta-se como *não fungível*, porque diz respeito a uma característica personalíssima.

Quanto ao valor pecuniário da prestação do trabalho médico, passível de ser estimado, parece ser possível concluir que ele pode ser analisado sob dois ângulos:

- a) o material, e está relacionado ao *quantum* desembolsado pelo paciente, seja pelo pagamento por um tratamento particular, seja pelas mensalidades pagas a um Plano de Saúde, ou seja, por contribuição à Seguridade Social;

b) o imaterial, representado pelo bem inalienável, inestimável e irreponível, constituído pela vida e pela saúde de seu paciente.

## 5. SOBRE A IMPUTABILIDADE

### 5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para que ele seja juridicamente imputado a partir de um fato punível.<sup>1</sup>

Contudo, seja no domínio do Direito Penal, do Civil ou do Comercial, a imputabilidade revela a possibilidade de indicar um agente a quem se deve atribuir, ou impor, a responsabilidade ou autoria de alguma coisa, em virtude de fato verdadeiro que lhe seja atribuído, ou por cujas conseqüências seja ele responsável.

Assim, no entender de Pizarro, o incumprimento deve ser imputável subjetiva e objetivamente ao devedor, para que venha a gerar responsabilidade civil.<sup>2</sup>

Sabe-se que a condição do homem como um ser inteligente e livre o faz, também, responsável por seus atos.

O Código Penal italiano, em seu artigo 85, define como imputável aquele que tem a capacidade de entender e de querer.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BRUNO, *op. cit.*, v. 1, t. 2, p. 39.

<sup>2</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. *El daño moral en el incumplimiento contractual. Revista de Derecho Privado y Comunitário*. Santa Fé: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, v. 17, p. 175.

<sup>3</sup> “*É imputabile chi há la capacità d’intendere e di volere*”.

O Código Penal brasileiro não oferece este conceito mas, informa, *a contrario sensu*, quem é inimputável (art. 26 *caput*), do quê, por exclusão, pode-se deduzir que será, então, imputável o sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter doloso de seu ato e de conduzir-se de acordo com este entendimento.<sup>4</sup> Portanto, conclui-se que há de haver, necessariamente, uma *capacidade de compreensão da ilicitude de sua conduta*.

Damásio de Jesus informa que se deve distinguir a *capacidade intelectual e volitiva* (imputabilidade) da *consciência da ilicitude*, sendo este “um puro juízo de valor a respeito da capacidade de culpabilidade”.<sup>5</sup>

## 5.2 IMPUTABILIDADE E RESPONSABILIDADE

Sobre a diferenciação entre responsabilidade e imputabilidade, informa Alcântara que “a imputabilidade é a possibilidade de relacionar um ato com uma atitude qualquer de uma pessoa”, enquanto “a responsabilidade encerra no seu conteúdo o conceito de imputabilidade e a necessidade da violação de algum dever para com outrem, portanto não há que confundir uma com a outra”.<sup>6</sup>

Por seu lado, Damásio de Jesus chama a atenção para a necessidade de distinguir responsabilidade penal, de imputabilidade. Esta última, ensina Jesus, corresponde às conseqüências jurídicas oriundas da prática de uma infração; já a responsabilidade penal é a obrigação de arcar com as conseqüências jurídicas de um crime. Está ligada ao dever que cabe ao indivíduo de prestar contas de seu ato, e este dever está ligado à imputabilidade do agente, pois não pode ser

---

<sup>4</sup> Art. 26 – “É isento de pena o agente que, por doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

<sup>5</sup> JESUS, Damásio E. de. *Comentários ao Código Penal*. Parte geral, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 479.

<sup>6</sup> ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. *Responsabilidade médica perante o paciente, o médico, o jurista, o seguro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1971, p. 159.

responsabilizado pelas “conseqüências do fato criminoso senão quem tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo”.<sup>7</sup>

No que diz respeito à área civil, entende Alacântara ser a imputabilidade o principal elemento constitutivo da culpa, já que o ato deve representar uma decisão livre do agente, sendo este capaz e consciente de sua obrigação de não prejudicar outrem, seja no âmbito de sua saúde, de seu patrimônio real ou de sua liberdade.<sup>8</sup>

### 5.2.1 Imputabilidade e Ilicitude

O conceito de culpa, informa Orlando Gomes, é integrado por dois elementos: a *ilicitude* e a *imputabilidade*, compreendendo pois, “a intenção, ou negligência, e a contrariedade ao direito. Exige-se, assim, que o erro de conduta seja moralmente imputável ao agente. A imputabilidade é a idoneidade psíquica do agente para querer e entender”.<sup>9</sup>

Concernente à imputabilidade, portanto, há dois elementos a serem observados: o agente não só ter a possibilidade de conhecer o seu dever, como a possibilidade de observá-lo. Desses elementos retiram-se duas das causas que determinam a exclusão da imputabilidade:

- a) as de *natureza subjetiva*, que estão relacionadas com a manifestação volitiva do autor do ato;
- b) as de *natureza objetiva*, que são estranhas àquela manifestação de vontade, como o caso fortuito e a força maior.

---

<sup>7</sup> JESUS, p. 479.

<sup>8</sup> ALCÂNTARA, p. 159.

<sup>9</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 362.

### 5.3 O DOLO E A CULPA NO FATO ILÍCITO

Sabe-se, então, não ser o bastante que o autor do fato ilícito seja imputável, já que, conforme preleciona Varela, “o próprio imputável só é obrigado a indenizar se tiver agido com culpa, se for o caso de afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo”.<sup>10</sup>

E, ainda, esclarece o mesmo autor, a violação deste dever agir de modo diferente “em face das circunstâncias concretas de ocorrência, não se reveste sempre da mesma gravidade”.<sup>11</sup>

É por tal razão que a doutrina distingue, desde há muito, duas modalidades fundamentais de culpa, de acordo com sua gravidade: o dolo e a mera culpa. Varela chama a atenção para a superação da idéia de que a variante mais grave de culpa – o dolo – consistiria na intenção maléfica, ou propriamente deliberada, de causar o dano, enquanto a culpa abrangeria todos os casos em que – faltando o elemento volitivo do agente –, houvesse o seu comportamento censurável.

Segundo Varela, “há casos de atuação ilícita em que falta a *intenção maléfica*, assim concebida, e que merecem, apesar disso, a mesma reprovação, por revelarem um grau equivalente de indiferença perante os valores tutelados pela Ordem Jurídica”.<sup>12</sup>

Portanto, de uma maneira genérica, a imputabilidade significa capacidade intelectual e capacidade volitiva, ou no dizer de Faria,<sup>13</sup> a imputabilidade ou responsabilidade traduz o estado normal da pessoa, o qual lhe permite discernir a importância e o efeito de seus atos.

---

<sup>10</sup> VARELA, p. 222.

<sup>11</sup> VARELA, p. 222.

<sup>12</sup> VARELA, p. 223.

<sup>13</sup> FARIA, v. I, p. 452.



E ainda: o fato voluntário para fundamentar a responsabilidade civil precisa ser ilícito, pois “o juízo de ilicitude sobrevem quando se viola o direito de outrem ou qualquer dispositivo legal destinado a proteger interesses alheios”.<sup>14</sup>

Deve ser por tal razão que, no Código Civil brasileiro, a responsabilidade médica está inserida na “seção” dos atos ilícitos. Do que se pode concluir que para haver uma obrigação de indenizar é preciso que haja um fato voluntário, mais a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

#### 5.4 SOBRE A DILIGÊNCIA

Diligência é uma qualidade subjetiva de uma determinada atividade. Significa solicitude, esforço, estudo, atenção.

A função técnica da diligência, segundo Mengoni,<sup>15</sup> repousa nem tanto no adimplemento, quanto na conservação da possibilidade de adimplir. A diligência é uma função da vontade.

É curioso observar que o vocábulo *diligência* adquiriu, com o passar do tempo – tanto na linguagem vulgar, como na jurídica – um significado mais amplo que o originário.

Com vistas à obrigação inerente ao exercício de uma atividade técnica, ela é adotada para designar não só o esforço, a aplicação e a atenção do devedor mas, também, a execução específica da prestação que deve corresponder à precisão do resultado, no grau requerido da relação obrigacional.

---

<sup>14</sup> FARIA, p. 415.

<sup>15</sup> MENGONI, Luigi. *Obligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*. Studio critico. Milano: Casa Editrice Francesco Vallardi, 1954, p. 9-11.

Fala-se em trabalho diligente, quando se quer dizer trabalho bem feito, com perícia, dentro das regras da arte. Ou seja, com diligência obtém-se um apuramento da qualidade do resultado final, na correspondência direta desse objeto com o direito do credor, mediante um juízo mediato, relativo ao modo da atividade na obtenção daquele resultado. Pela exatidão e qualidade do resultado se deduz que o trabalhador se conduziu diligentemente.<sup>16</sup>

Mas esse juízo mediato não é totalmente seguro. Pode acontecer que a atividade da prestação tenha um êxito preciso de acordo com o resultado devido, ainda que o devedor não tenha se conduzido com a devida diligência na obrigação. O contrário também pode ocorrer, ou seja, que a prestação resulte inferior à expectativa tutelada do credor, não obstante o devedor ter se esforçado por adimpli-la com a máxima diligência.<sup>17</sup>

Do que se pode deduzir que *atividade diligente* e *atividade objetivamente adequada ao escopo da relação obrigacional* não são conceitos reciprocamente implícitos, assim como nem sempre habilidade quer dizer trabalho impecável ou, mesmo, procedimento irrepreensível.

## 5.5 A DILIGÊNCIA COMO CRITÉRIO DE IMPUTABILIDADE

No entender de Mengoni, a diligência é uma modalidade do conteúdo do vínculo, sendo também, um pressuposto de um adimplemento satisfatório.<sup>18</sup> A diligência, no sentido técnico é, essencialmente, um critério de imputabilidade na medida da culpa, a qual se resolve por uma avaliação ética do devedor.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> MENGONI, p. 10.

<sup>17</sup> MENGONI, p. 11.

<sup>18</sup> MENGONI, p. 9.

<sup>19</sup> MENGONI, p. 15.

Como tal, essa não implica atingir o escopo da obrigação e, tampouco, seria o equivalente a uma mistura objetiva da capacidade física e intelectual, necessária para um exato adimplemento mas, tão-somente, uma certa dose de esforço e empenho de vontade na direção do adimplemento.

A regra da culpa/diligência (imputabilidade) vem – em função do instituto da responsabilidade contratual – unicamente na hipótese de uma superveniente impossibilidade (objetiva) do adimplemento.

Interessante observar que na obrigação de meio, a diligência é levada em conta até como critério de imputabilidade; entretanto, na obrigação de resultado este elemento não é computado, fato que merece, sem dúvida, uma reflexão.

Mengoni ainda explica a distinção entre obrigação de resultado e obrigação de diligência (meio), assentada do ponto de vista do objeto da relação: a elas não corresponde uma dupla noção do limite da responsabilidade do devedor mas, tão-somente, um ponto diverso de referência (relação) da avaliação da possibilidade ou impossibilidade da prestação.<sup>20</sup>

Na obrigação de meio, o devedor deve usar a diligência de um bom pai de família mas, esta cautela, diz respeito ao conteúdo da prestação, isto é, o devedor que usa a diligência necessária, exigida pela relação contratual, não está neutro, ou isento por falta de culpa, mas porque adimpliu sua obrigação. Se não usou a diligência necessária àquela relação contratual, deve provar que um caso fortuito ou uma força maior lho impediu.

O uso da obrigação de resultado para caracterizar determinadas especialidades médicas e o fato de não ser levado em conta o fator “diligência”,

---

<sup>20</sup> MENGONI, p. 57.

ou seja, o esmero profissional e o esforço técnico, em caso de o resultado final não agradar ao paciente, ou se mostrar diferente do esperado, são outros pontos que estão a demandar séria reflexão a respeito.

E isto tem sua razão de ser no fato de que a resposta orgânica – conforme já exaustivamente mencionado – é diversa para cada pessoa: o que funciona bem para um determinado paciente, propiciando um resultado positivo, ou até mesmo ideal, pode não funcionar para outro. É a ingerência imponderável e imprevisível do fator álea.

Pergunta-se, então: ignorar a diligência e o esmero nos atos do exercício da profissão médica e, em especial, quando o resultado ideal não foi atingido, não seria o mesmo que tornar objetiva a responsabilidade daqueles profissionais, deslocando-a para a seara da culpa presumida, como o é a dos hospitais?

## 5.6 A INIMPUTABILIDADE DO MÉDICO POR DOENÇA MENTAL

Reza o art. 141 do Código de Ética Médica: “O médico portador de doença incapacitante para o exercício da Medicina, apurada pelo CRM em procedimento administrativo com perícia médica, terá seu registro suspenso enquanto perdurar sua incapacidade”.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Observe-se que o referido código data de 1988. Assim, em 8 de junho de 1989, o Conselho Federal de Medicina baixou uma Resolução – a de nº 1.291/89 –, composta de 8 artigos, tratando exclusivamente do problema da doença mental, como impedimento do exercício da profissão médica, definindo-se pela responsabilidade dos Conselhos Regionais em apurar, por intermédio de procedimento administrativo, a existência de doença incapacitante para o exercício daquela, cabendo-lhe, ainda, o direito de suspender o profissional doente, bem como de reintegrá-lo novamente ao trabalho quando, então, por novo processo administrativo, seria apurada a possibilidade daquela volta ao trabalho. Resolução na íntegra em ANEXOS.

Entende Alcântara que naquilo que se relaciona com a responsabilidade médica objetiva, “a imputabilidade é de somenos importância, porque por princípio relaciona-se todo ato médico à atividade profissional do médico e a única causa excludente da imputabilidade do agente seria a sua insanidade mental [...]”<sup>22</sup>

Serpa Lopes aponta ser um ponto controverso o fato relativo à imputabilidade das pessoas atacadas de insanidade mental estar no mesmo plano da incapacidade resultante da menoridade, no que diz respeito pelos prejuízos causados a outrem por atos ou fatos por eles perpetrados em contrário aos direitos alheios.<sup>23</sup>

De qualquer maneira, uma vez verificada a existência de doença mental, o médico seria suspenso pelo CRM, mediante processo administrativo, sendo que sua reintegração à vida profissional se daria pelo mesmo procedimento e pela mesma entidade (conforme Resolução CFM nº 1.291/89, constante dos Anexos).

## 5.7 A LICITUDE DO TRATAMENTO MÉDICO

Pierangelli entende que mesmo faltando o consentimento do interessado, o tratamento médico-cirúrgico “executado segundo a *lege artis*, no geral, pode ser considerado lícito”. Segundo este autor, diversos são os fundamentos que buscam explicar sua licitude e, apenas *en passant*, citaremos as teorias que a sustentam: *teoria da tipicidade justificada e atipicidade; gestão de negócios; estado de necessidade; exercício regular de um direito; causa de exclusão da culpabilidade; ausência de culpabilidade; causa supralegal de*

---

<sup>22</sup> ALCÂNTARA, p. 160. Não está muito claro o que o autor quis dizer com responsabilidade objetiva do médico, uma vez que se sabe que ela é tida como uma responsabilidade subjetiva.

<sup>23</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 230-31, v. 5.

*justificação; adequação social; direito consuetudinário; interesse prevalente e, por último, a teoria do meio justo para um fim justo.*<sup>24</sup>

Em capítulo anterior já nos posicionamos quanto ao fato de ser o atendimento médico um exercício regular de um direito, às vezes, também, inserido em um estado de necessidade, podendo, ainda estar somado ao estrito cumprimento de um dever legal, quando se tratar de médico-militar.

A par de todas aquelas teorias citadas, tentando explicar a licitude ou a tipicidade justificada do atendimento médico, entendemos ser importante citar a *teoria do risco permitido e assumido*, em nome da qual explica-se que – mesmo pressupondo algum perigo – uma atividade passa a ser permitida, sendo justificada pela existência de um interesse social maior na efetiva execução daquela ação, do que na sua omissão.

Entendemos que esta teoria abrange, e explica, não só toda a problemática relativa à licitude das lesões corporais, representadas pelas intervenções cirúrgicas, mas, também os riscos a que se expõe o paciente ao ingerir medicamentos, que nada mais são do que drogas potencialmente mortais ou, então, a se submeter a aparelhos potencialmente perigosos ou nocivos à saúde. Fazendo, pois, um apanhado genérico, e tendo por base todas aquelas teorias anteriormente citadas, ainda poder-se-ia afirmar que, sobre o atendimento médico:

- a) a atipicidade ou tipicidade justificada se fundamentam na falta do elemento culpabilidade, representado aqui pelo dolo;
- b) é conduta socialmente adequada: as intervenções médico-cirúrgicas, quando realizadas de acordo com os princípios da *lege artis*, não

---

<sup>24</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 185

necessitam de justificativa. Mesmo sendo atípicas, justificam-se por sua adequação e utilidade social;<sup>25</sup>

c) constitui o exercício regular de um direito;<sup>26</sup>

d) o tratamento médico é uma causa de justificação não codificada. A atividade médico-cirúrgica corresponde a elevado interesse social e não existe norma criada especialmente para justificar o trabalho médico.

## 5.8 SOBRE O CONSENTIMENTO PARA TRATAMENTO MÉDICO

Pierangelli chama a atenção para o fato de que “prevalece na doutrina, ainda que com fundamentação nem sempre convergente, o entendimento de que para realizar um tratamento médico é exigido o consentimento de uma pessoa consciente e capaz de prestá-lo”.<sup>27</sup>

Contudo, explica o mesmo escritor, autores há que entendem não ser o consentimento suficiente para gerar a justificação. Seria ele, então, um pressuposto de atipicidade do fato ou uma causa de antijuridicidade (mas diverso do consentimento do titular de um bem jurídico tutelado).<sup>28</sup>

<sup>25</sup> ZAFFARONI informa que a ciência mantém unanimemente o critério, segundo o qual, a intervenção médica não requer causa de justificação alguma, desde o momento em que se tenha realizado conforme a *lex artis*. E complementa: “o fim de curar exclui a lesão corporal.” ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. t. III. Buenos Aires: Edica, 1981, p. 539. *Data venia*, entendemos que esta liberdade não é assim tão ampla, ou então não se justificaria a necessidade do consentimento do paciente para as intervenções e/ou tratamento.

<sup>26</sup> Segundo o entendimento de JIMENEZ HUERTA “a legítima aquisição de um título profissional cria, em favor do titular, o direito de realizar todos aqueles atos que são necessários para alcançar o fim a que cada profissão se dirige, ainda quando nos casos em que, para este dito fim, seja necessário realizar uma conduta lesiva para bens e interesses que o direito tutela.” JIMENEZ HUERTA, Marrano. *La antijuricidad*. Mexico: Imprenta Universitaria, 1952, p. 226.

<sup>27</sup> PIERANGELLI, p. 190. E complementa o autor, servindo-se de explicação de FORCHINI: “[...] *ma comunque rimani pur sempre certo che el consenso (espresso o presunto) del paziente costituisce un presupposto essenziale per la liceità dell'intervento*”. FORCHINI, Gaetano. *La comunione corporale (In Tema di liceità del trattamento chirurgico) Studi in onore di Biagio Petrocelli*. t II, p. 795. *Apud* PIERANGELLI, p. 190, n.º 20.

<sup>28</sup> Parece haver uma certa contradição, ou incongruência, nesta linha de pensar pois, se o consentimento não teria a necessária eficácia para justificar o ato médico, como poderia ser ele pressuposto para validá-lo?

Ao final, Pierangelli complementa que a conduta do médico é tornada lícita pela vontade do paciente em se submeter a um determinado tratamento clínico ou cirúrgico, ou seja, “é a autodeterminação do paciente em renunciar a um bem juridicamente tutelado, consciente da possibilidade de conseqüências lesivas para ele, conseqüências estas ínsitas no tratamento”.<sup>29</sup>

É o consentimento dado à atuação de cuidados que estabelece os marcos inicial e final da licitude.<sup>30</sup>

### 5.8.1 Pressupostos, Elementos Constitutivos e Condições de Validade do Consentimento

O consentimento para ser válido há que se reverter de características ou pressupostos que lhe assegurem esta validade. Pierangelli, em sua específica obra sobre a matéria, informa serem estes elementos em número de oito,<sup>31</sup> a saber:

- a) Existência de uma manifestação exterior, tácita ou expressa, suficiente para que o médico tome conhecimento de sua existência;
- b) A própria pessoa, tutelar do bem, é quem deve prestar o consentimento, quando apta a tanto. Consentimento de familiares, para paciente consciente, seria ineficiente;

---

<sup>29</sup> PIERANGELLI, p. 190.

<sup>30</sup> A este respeito se manifesta BALESTRA: “*El médico no puede obligar a su paciente a que someta a una intervención quirúrgica; pero en las relaciones corrientes, no se le puede prohibir a un médico que opere a un enfermo, ni a este que se haga operar por él. Se trata, sin embargo, de acciones con exterioridad típica. Por eso, en estos casos, en general, se completa la justificante o la legitimidad de su ejercicio con el consentimiento del interesado*”. BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho Penal. Introducción y parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, [19--], p. 277.

<sup>31</sup> PIERANGELLI, p. 191-93.



- c) Consentimento de menor de 18 anos não teria validade e, quando for de maior idade, é importante a análise prévia de uma capacidade de entendimento e auto-determinação no momento do ato de consentir;
- d) O consenciente deve estar claramente informado sobre a intervenção a que irá se submeter;<sup>32</sup>
- e) O consentimento deve ser prestado antes do fato, pois a mera ratificação do consentimento não tem eficácia. A anterioridade leva à possibilidade de desistência, se necessária;
- f) O consentimento deve ser livre, já que o vício, o dolo, a violência e o erro excluiriam sua validade;
- g) Consentimento putativo, levando o médico ao erro, supondo ser válido aquele, constitui um erro de proibição direto (art. 20, § 1º do Código Penal);<sup>33</sup>
- h) O consentimento do paciente não pode vir de encontro à ordem pública e aos bons costumes.

---

<sup>32</sup> Entendemos que é neste momento que se mostra ser de capital importância a obediência aos ordenamentos que preconizam a clara e ostensiva informação ao paciente, tais quais:

**Código de Ética Médica** – “É vedado ao médico: **Art. 59** – Deixar de informar ao paciente o diagnóstico ou prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, neste caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal”.

**Código do Consumidor. Art. 6º, III** – “São direitos básicos do consumidor: a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”.

**Art. 14** – “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

<sup>33</sup> **Código Penal. Art. 20** – “O erro sobre elemento constitutivo do tipo penal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo se previsto em lei. § 1º – É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.

Afora estes pressupostos, ainda há a acrescentar que o consentimento será válido quando dirigido à pessoa legitimada para realizar o trabalho médico, ou seja, àquele profissional legalmente habilitado para o exercício da Medicina. Por evidente, um consentimento exarado para uma intervenção, efetuada pela mãos de um charlatão, não teria validade.

Bem assim, o consentimento dado não justifica equívoco por parte do médico na utilização do meio para chegar a determinado fim. O paciente, como regra geral, não dispõe de dados técnico-científicos para escolher entre este ou aquele tratamento, ou entre esta e aquela técnica cirúrgica.

É evidente que a atuação médica consentida deve estar diretamente ligada à necessidade do paciente. O que equivale dizer que apenas a necessidade de salvar o paciente de um perigo de dano real ou iminente à sua pessoa é o que pode estabelecer a tênue zona limítrofe entre a licitude e ilicitude da atividade do médico que realiza uma intervenção cirúrgica sem o consentimento do paciente.

Por último, a falta do consentimento em condições normais (não se está a falar de situações anômalas ou emergenciais que constituem estado de necessidade), representa um delito contra a liberdade individual, podendo inserir-se em um caso de lesão corporal.

## 5.9 O CONSENTIMENTO INFORMADO. OS PROTOCOLOS

Quando o tema é responsabilidade civil médica, a França é o carro-chefe, conforme já enfatizado. O mesmo pode-se afirmar dos Estados Unidos, quando o assunto versa sobre *consentimento informado*.

Hoje, mais do que nunca, os profissionais médicos têm sentido a necessidade de se munirem deste tipo de documentação<sup>34</sup>, devido ao aumento das reclamações por parte dos pacientes e, também, como garantia, em face da sempre crescente “indústria da indenização por erro médico”.

A tal ponto chega a preocupação a respeito do tema, que os norte-americanos, *experts* no assunto, distinguem diferenças dentro do próprio consentimento informado, entendendo que não se trata de um *protocolo (form)*, mas de um *processo*.

*Consentimento informado*, conforme se pode extrair do entendimento americano,<sup>35</sup> é o diálogo entre o paciente e o provedor de serviço, por intermédio do qual ambas as partes trocam perguntas e informações, culminando com o acordo expresso do paciente para a intervenção cirúrgica, ou para um determinado e específico tratamento.

Por um lado, o paciente necessita certos detalhes básicos a fim de decidir se ele aceita ou não o tratamento; por outro lado, o médico também necessita de informações do paciente a fim de programar sua conduta, no que diz respeito aos riscos e benefícios. Este processo, para ser efetivo, requer a ativa participação de ambas as partes.

---

<sup>34</sup> Interessante observar que conquanto este seja um tema ainda novo no Brasil, a *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 654, do ano de 1956, nº 15, registra à página 523, jurisprudência estabelecendo o princípio de que o médico deve não somente obter o consentimento do doente ao tratamento, mas que este consentimento seja esclarecido, ficando obrigado a informar o doente dos riscos de acidentes que comportam seus cuidados.

<sup>35</sup> ROZOVSKY, Fay. *Consent to treatment. A practical guide*. Maryland: Aspen Publisher, Inc., 1990, p. 3.

E, ainda: não só é importante que o paciente seja clara e ostensivamente informado – consoante prevêm o Código de Ética Médica e o Código do Consumidor – como é também necessário que o médico se documente de ter fornecido aquelas informações ao seu cliente.<sup>36</sup>

O *protocolo*, por sua vez, seria um *paper* contendo todas as informações acerca dos *procedimentos* aos quais o paciente irá se submeter, bem como a *conduta* que ele, paciente, deverá assumir no pré e no pós-operatório.

Derivado do grego *protokollon*, de *protos* (primeiro) e *kollon* (pregar), literalmente quer significar aquilo que é colocado em primeiro lugar. Dentre outras possibilidades do vocábulo, aquela que aqui é empregada quer exprimir o documento que contém um ritual de formalidades, onde se estabelecem modelos e/ou fórmulas.

Assim, um protocolo médico, elaborado para uma determinada cirurgia, deve trazer instruções tais quais: *Informações Genéricas e Informações Específicas*. Dentro deste último item, por exemplo, no caso de se tratar de uma cirurgia de *rejuvenescimento facial*, o protocolo deverá trazer informações sobre corte de cabelos, fotografia, tempo de internação, tipo de anestesia, curativos, oclusão ocular, dor, evolução pós-operatória, retirada dos pontos, cuidado com os cabelos, uso de maquiagem, cicatrizes, duração e resultado da cirurgia, bem como seu objetivo. Deverá ainda conter itens sobre cuidados no pré e pós-operatórios e, por último, enumerar as complicações possíveis de ocorrer naquele tipo de cirurgia. (*Vide* modelo de Consentimento Informado, Protocolo, Adendo e Boletim Informativo em ANEXOS).

---

<sup>36</sup> Em recente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo lê-se o seguinte: “EMENTA: Na cirurgia plástica embelezadora, é de resultado a obrigação do médico, que só se exime de responder pelos efeitos negativos inerentes ao ato se comprovar que deles deu previamente por escrito ciência ao paciente”. Embargos Infringentes nº 2.961-4. Tribunal de Justiça de São Paulo. J. 18.11.98. Rel. Des. Aldo Magalhães. BOTELHO, Ronaldo. Decisões em Destaque. O Estado do Paraná, Curitiba, 6 de fevereiro de 2000.

### 5.9.1 O Valor do Consentimento Informado

O peso dado ao consentimento informado em alguns Estados americanos é substancial. Se todos os critérios usados para um consentimento estiverem presentes, o documento assinado cria uma conclusiva presunção de validade.<sup>37</sup>

Esse dado faz parte, inclusive, da legislação de alguns Estados da nação americana e, mesmo onde não se reconhece que o documento cria uma conclusiva presunção de validade, ele ainda assim serve como parte da defesa em uma ação judicial.<sup>38</sup>

O valor de um documento do tipo do consentimento informado não deve, contudo, ser superestimado: ele nada mais é do que uma peça de evidência, que pode ser derrubado por outra evidência, como o uso de má-fé, ou de malícia, por parte da pessoa que obteve o consentimento ou, ainda, de inabilidade por parte do paciente em comunicar-se na língua em que o consentimento foi escrito.

No Brasil, essa ainda é uma prática incipiente, mostrando-se mais usual nas áreas da cirurgia plástica, da odontologia estética e em tratamentos e/ou cirurgias que apresentam um risco maior.

Quanto ao seu valor junto aos Tribunais brasileiros, por ser uma prática nova e ainda não generalizada, não há, ainda, um consenso formado (e unânime) sobre seu valor probatório.<sup>39</sup> Todavia, parece ser válido concluir que, mesmo

---

<sup>37</sup> ROZOVSKY, p. 87.

<sup>38</sup> ROZOVSKY, p. 88.

<sup>39</sup> Esta, contudo, é uma situação transitória. A respeito veja-se o recente julgado anexado em nota de rodapé nº 36.

quando o julgador possa entender que nenhum valor tenha como documento de prova, o *consentimento informado* recebido, lido, entendido (e rubricado) pelo paciente servirá como evidência de que o médico cumpriu com seu dever de bem informar seu cliente sobre os riscos e também sobre as possibilidades – tanto positivas quanto negativas – do procedimento ao qual iria se submeter, e que o paciente anuiu para tanto. Conduta esta, em acórdância com o Código de Ética Médica (art. 59) e com o Código do Consumidor (arts. 6º, III, 9º e 14).

#### 5.10 A PROBLEMÁTICA DO PACIENTE QUE DISSENTE

Bastante freqüente, nos noticiários televisivos e nos periódicos, o problema enfrentado pelos médicos, no que diz respeito à falta de consentimento para realizar determinados atos, em razão de interferência de crença religiosa.

O mais comum desses episódios liga-se aos seguidores da seita denominada Testemunhas de Jeová, que se opõem, peremptoriamente, a determinados procedimentos médicos e, em especial, às transfusões de sangue.

Tal tema, por certo, forneceria matéria para outra Tese de Doutorado; todavia, se o assunto em análise é a existência, o valor e a eficácia do consentimento, então, não há como ignorar tal problemática e, ao menos superficialmente, há que mencioná-la.

Por tal razão, far-se-á menção apenas a duas situações, por se entender serem as que apresentam uma possibilidade maior de decisão crucial para o médico.

Por primeiro: é norma constitucional que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Constituição Federal, art. 5º, II). Junte-se a este, o fato de que o inciso VI, ainda assegura a liberdade de culto.

Assim, o direito confere ao titular de um bem o poder de dispor sobre ele e, se esse bem jurídico diz respeito à saúde e à liberdade individual, conclui-se que ninguém pode ser compelido a submeter-se a um tratamento médico contra sua vontade, mesmo quando atingido por uma moléstia grave.

Por segundo: o Código de Ética Médica apresenta no Capítulo referente aos *Princípios Fundamentais* a seguinte ordenação:

**Art. 8º** - “O médico não pode, em qualquer circunstância ou sob qualquer pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, devendo evitar que quaisquer restrições ou imposições possam prejudicar a eficácia e correção de seu trabalho”.

Há que se perguntar, então: como agirá aquele profissional com correção e eficácia se em uma determinada e específica situação ele prescreve uma necessária transfusão de sangue e o paciente se nega a recebê-la?

Mais, ainda: no Capítulo IV, dos *Direitos Humanos*, do mesmo diploma ético, encontra-se que:

“É vedado ao médico:

**Art. 46** – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”. [Sem grifos no original].

E mais: no Capítulo V – *Relação com Pacientes e Familiares*, lê-se:

“É vedado ao médico:

**Art 56** – Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em iminente perigo de vida”. [Sem grifos no original].

Não há como não concluir que é bastante ampla a extensão do dilema ético em que se vê enredado um médico – consciente e responsável – e que entende pela necessidade de uma transfusão, sendo que seu paciente se nega a recebê-la ou que seus familiares se negam a autorizá-la.

Não é incomum o fato de uma criança internada vir a precisar daquele procedimento e seus pais negarem o consentimento para a transfusão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência” e permite que o Estado intervenha na unidade familiar, caso os direitos fundamentais da criança sejam “ameaçados ou violados” [...] “por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”. Esta “falta” ou “omissão” inclui aí a possibilidade de proporcionar, ao filho, o tratamento médico. (Arts. 5º, 7º, 98 (II) e 101 (V)).

A qual comando, pois, obedecer? Conforme já mencionado no início desta seção, a matéria aqui envolvida é por demais ampla e, por óbvio, não se exaure nestas poucas circunstâncias aqui mencionadas. Seu registro é apenas um demonstrativo da reflexão profunda e continuada que o tema demanda.

#### 5.10.1 A Providência Judiciária Perante o Dissenso do Titular do Direito

Sabe-se que, neste tipo de situação, o dissenso do titular do direito, ou de seu representante legal, pode ser suprido por uma providência judiciária.<sup>40</sup> Entretanto, mais dois questionamentos restam sem resposta:

---

<sup>40</sup> Em Portugal, o art. 19 (nº 1) da **Organização Tutelar de Menores** (Decreto-Lei nº 314/78) enfatiza a garantia dos direitos fundamentais como a segurança e a saúde para os menores, afirmando que: “quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo e não seja caso de inibição do exercício do poder parental [...] pode o tribunal decretar as medidas que entenda adequadas”.



a) E se não houver disponibilidade temporal suficiente para que a liberação judicial do procedimento (transfusão) chegue em tempo hábil?

b) Como detectar com certeza um perigo iminente de vida? (E na verdade seria mais correto dizê-lo *perigo iminente de morte*).

Tal fato é de fundo extremamente subjetivo, não só do ponto de vista do conceito que o médico faz do que realmente seja *perigo de vida*, bem como das diversas possibilidades de resposta do organismo do paciente.

Não se pode esperar que o médico seja um profeta: ele trabalha com dados de previsibilidade e em terreno conjectural. Então, aí se introduz uma outra problemática: *o que é – realmente – perigo iminente de vida* (ou de morte)? Tem o médico meios de detectá-lo corretamente e no momento exato, sendo que cada paciente tem sua reação orgânica individualmente diversificada?

Um painel formado por juízes e ministros do *Conselho Nacional de Combate ao Crime e à Delinqüência dos Estados Unidos*, ao referir-se a respeito de mandados judiciais sobre assuntos médicos que afetam menores, exarou o seguinte parecer:

Apesar de existir, talvez, uma situação de emergência, do ponto de vista do médico, a pessoa talvez não se encontre *in extremis*. [...] O conhecimento médico não é suficientemente avançado para possibilitar a um médico predizer, com razoável certeza, se o seu paciente irá viver ou morrer, ou apresentar uma deficiência física ou uma deformidade permanente. [...] No entanto, é dever do Tribunal determinar a gravidade da emergência, num caso específico, de indagar com insistência do médico que testifica a respeito da iminente probabilidade de morte ou de deficiência física, quais as possibilidades de sobrevivência ou de alívio de uma prolongada dor agonizante, caso seja realizado o tratamento proposto, e qual o perigo do tratamento em si.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> U.S. Council of Judges, "Guides to the Judge in Medical Orders Affecting Children". Apr. 1968, 109 at 116 (EUA). **Cuidados com a família e tratamento médico para as Testemunhas de Jeová**. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1995, p. 6-7.

Não se pode negar que o organismo humano é uma seara sempre sujeita a surpresas, as mais variadas. Hajam vistas os casos de pacientes tidos como irrecuperáveis, mantidos apenas com vida vegetativa, na dependência total de aparelhos e, quando estes são desligados, a pedido e com o consentimento da família, ainda continuam eles vivendo por tempo prolongado. Ou, ainda, pessoas em coma profundo, durante anos, e que de uma hora para outra – sem a menor explicação plausível dentro do atual estágio da ciência médica –, voltam à sua vida de relação, como se nada houvera acontecido...

Assim, se respostas ainda não se tem para estes questionamentos, contudo, é importante que se os registre como indicativo e comprovante da anomalia e da imprevisibilidade que proliferam no âmbito do exercício da profissão médica.<sup>42</sup>

De posse de todas estas informações, em especial as de nota de rodapé nº 42, avalia-se a extensão do problema que pode vir a enfrentar um médico em uma situação na qual ele entende que a solução melhor, ou mesmo a definitiva, é representada por uma transfusão de sangue em paciente seguidor da referida seita.

Em socorro a este profissional e para situações deste tipo, o Conselho Regional de Medicina do Paraná, sabiamente, assim se pronunciou: “Em qualquer circunstância, mesmo nos casos de emergência, é recomendação deste Conselho que se procure estabelecer contato com membros da *Comissão de*

---

<sup>42</sup> O assunto “transfusão de sangue” para os seguidores da seita Testemunha de Jeová lhes é tão preocupante, que foi criada por eles uma Comissão de Ligação com Hospitais, formando uma rede internacional de ministros com treinamento especial e que trabalham com profissionais da área de saúde e órgãos assistenciais para facilitar o acesso dos pacientes a médicos dispostos a usar alternativas médicas isentas de sangue. Segundo a fonte consultada, a Rede Internacional de Informações conta com: “Mais de 50.000 médicos em todo o mundo disponíveis para consultar e receber pacientes; 1.000 Comissões em todo o mundo abrangendo cerca de 5.000 profissionais treinados, em 230 países e territórios; 100 Centros de Tratamento Médico e Cirúrgico Sem Sangue, em todo mundo; pesquisadores *on-line* de assuntos médicos, com acesso a mais de 4.000 revistas e periódicos (*Medline*); serviço de distribuição de artigos médicos”. In *Cuidados com...*, p. R.6.

*Ligação com Hospitais das Testemunhas de Jeová*, pessoas especialmente preparadas para promover mediação.”<sup>43</sup>

## 5.11 O CONSENTIMENTO DO MENOR. POSSIBILIDADE

Dentre os pressupostos de validade do consentimento, citados atrás, Pierangelli incluiu como inválida a manifestação exarada por menor de 18 anos.

O capítulo *Aspectos Éticos e Legais*, da obra analisada sobre a problemática da transfusão sanguínea, traz uma seção que se denomina “É o paciente um ‘menor amadurecido’, sendo assim capaz de fazer suas próprias decisões em questão de saúde”?

Apenas a título de argumentação, faz-se uso de alguns textos lá ofertados que parecem se contrapor, de alguma maneira, à afirmação em epígrafe, contudo impende salientar que a maioria dos textos diz respeito ao *Consentimento Informado*, aquele tipo especial de consentimento referido na seção anterior. Conforme também mencionado, esta é uma prática tão rotineira nos EUA, que já se mescla a um, com os outros tipos de consentimento.

Portanto, para que se separe bem uma coisa de outra – já que esta prática ainda não é comum no Brasil – o consentimento ao qual crianças e adolescentes teriam acesso e que poderia ser válido, mesmo quando emitido por menores, é o *consentimento informado*, que se refere a tratamento e/ou cirurgia ou, ainda, a qualquer outro tipo de procedimento médico.

---

<sup>43</sup> ZENI JUNIOR, João. As transfusões de sangue e as Testemunhas de Jeová. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 1992. Coluna do Conselho Regional de Medicina. *In Cuidados com...*, p. 19.

Após esclarecer que crianças e adolescentes gozam dos mesmos direitos fundamentais que um paciente adulto, tendo, pois, o direito de decidir por um tratamento isento de sangue, o Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, professor de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo acrescentou: “Se o jovem está em condições de emitir vontade consciente, [...] deverá ser ouvido [...]. Essa vontade consciente deverá ser respeitada”.<sup>44</sup>

No que diz respeito à competência de crianças para dar seu consentimento informado, o Dr. Gabriel Oselka, ex-Presidente do Conselho Regional de Medicina de São Paulo, assim se posicionou:

O direito de o paciente menor de idade consentir ou recusar tratamento é abordado, implicitamente, no atual Código de Ética Médica no capítulo referente ao segredo profissional referente a paciente menor de idade [...] desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente [...].<sup>45</sup>

E, sobre *consentimento informado* dado por menores amadurecidos, o Professor de Ética Médica da Universidade de São Paulo, Dr. Marcos Segre, entende que:

Com relação aos “menores”, há que se distinguir a situação das crianças e dos adolescentes. É inegável, e o recém-promulgado Estatuto da Criança e do Adolescente é claro nesse aspecto que, ao adolescente, a partir de 12 anos, segundo o art. 2º do referido Estatuto, já se reconhece o direito de externar e de realizar suas convicções, sejam elas políticas, de crença religiosa, ou de índole totalmente individual [...]. É aceitável, eticamente, portanto, que um adolescente manifeste sua recusa, e seja atendido, a uma transfusão de sangue.<sup>46</sup>

Na obra **A relevância jurídico-penal das decisões de consciência**, o autor português Augusto Silva Dias, assim escreveu: “Se a vítima for um menor

<sup>44</sup> FERREIRA FILHO, M. G. “Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue”. Parecer de 24 de outubro de 1994. *In Cuidados com...*, p. 30.

<sup>45</sup> OSELKA, G. Seção “Atualização Bibliográfica”. *Bioética*, v. 1, nº 02, 1993, p. 199-205. *In Cuidados com...*, p. 32.

<sup>46</sup> SEGRE, M. Situação ético-jurídica da Testemunha de Jeová e do médico e/ou instituição hospitalar que lhe presta atenções de saúde face à recusa do paciente e religioso na aceitação. São Paulo, 4 de jul. 1991. *In Cuidados com...*, p. 32.

no uso da razão e capaz de decisões morais proporcionadas à gravidade do caso; se tem as mesmas convicções morais dos seus representantes legais e a aplicação da terapêutica lesa a sua consciência, então não deve ser aplicada”.<sup>47</sup>

Na Espanha, o Instituto Nacional de Saúde, abordou as conseqüências de se ignorar o requisito da obtenção do consentimento informado de um menor amadurecido:

É de sublinhar que o menor de idade poderá dar seu consentimento, por si mesmo, pois se trata de um ato relativo aos direitos de personalidade, conforme o art. 162, 1º, do Código Civil [...]. O descumprimento de tais obrigações por parte do médico ou da equipe médica dará, ou poderá dar margem, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, às responsabilidades civis ou penais cabíveis.<sup>48</sup>

Em um determinado processo, a Suprema Corte de Illinois, assim se pronunciou:

Se a evidência for clara e convincente de que a menor é suficientemente amadurecida para avaliar as conseqüências de suas ações, e que a menor é suficientemente amadurecida para exercer o poder de julgamento de um adulto, então a doutrina do menor amadurecido lhe concede o direito, garantido pelo Direito Comum, de dar seu consentimento ou de recusar um tratamento médico.<sup>49</sup>

A Associação Médica Britânica, por sua vez, reconheceu a capacidade de algumas crianças e adolescentes darem consentimento para o próprio tratamento: “No conceito da AMB, a tendência de considerar jovens

---

<sup>47</sup> DIAS, Augusto Silva. A relevância jurídico-penal das decisões de consciência. Portugal, 1986, p. 137. In **Cuidados com...**, p. 33.

<sup>48</sup> *Dictamen – Sobre la negativa de los enfermos pertenecientes a la confesión religiosa “Testigos de Jehová” a recibir transfusiones de sangre. Dictamen 01/89. Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de la Salud. Espanha. In Cuidados com...*, p. 33.

<sup>49</sup> *Joshua Doctor Affidavit: Forced Treatment Won't Help Him. Evening Times Globe, Saint John, NB, Apr. 21, 1994, p. A9. In Cuidados com...*, p. 33

amadurecidos como autônomos, por seus próprios méritos, é uma tendência muito bem acolhida, que não deve ser minada”.<sup>50</sup>

Também vem da Comunidade Britânica o reconhecimento de que algumas crianças e adolescentes devem ter sua capacidade de escolha respeitada, sendo esta capacidade declarada válida por sentença advinda da Câmara dos Lordes. Assim, de acordo com as palavras de Lorde Scarman:

A capacidade do menor, de fazer sua própria decisão, depende de o menor ter suficiente entendimento e inteligência para fazer tal decisão, e não deve ser determinada por referência a qualquer limite de idade fixado judicialmente [...]. À luz do precedente, eu sustentaria que, como questão de Direito, o direito parental de determinar que seu filho menor de 16 anos se submeterá ou não a tratamento médico termina se, e quando, a criança (ou adolescente) atinge suficiente entendimento e inteligência de modo a habilitá-lo(a) a entender plenamente o que se propõe.<sup>51</sup>

Sobre se deve ou não permitir que menores amadurecidos exerçam seu direito ao *consentimento informado*, o médico-jurista Julius Landwirth, assim se pronunciou na revista *Annals of Emergency in Medicine*:

A lei e seus princípios éticos subjacentes reconhecem que o crescimento e o desenvolvimento das crianças desde a tenra infância até a adolescência inclui uma maturação progressiva da capacidade da criança de participar em importantes decisões pessoais inclusive sobre tratamento de saúde [...]. Os pacientes adolescentes, dotados de capacidade comprovada de avaliar a natureza de seu quadro clínico e as conseqüências de suas decisões, devem ter respeitados os seus direitos de autodeterminação, por serem convidados a participar do processo decisório.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> *Medical Ethics Today: Its Practice and Philosophy*. British Medical Association, Ethics, Science and Information Division. BMJ Publishing Group. London, 1993, at 14. In **Cuidados com...**, p. 30.

<sup>51</sup> *Gillik versus West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*. 1985 A11 RLR 402 at 423. In **Cuidados com...**, p. 30.

<sup>52</sup> LANDWIRTH, J. *Ethical Issues in Pediatric and Neonatal Resuscitation*. *Annals of Emergency in Medicine*. v. 22, nº 02. Feb., 1993, p. 236-41. In **Cuidados com...**, p. 30.

O periódico *Human Rights Law Journal* publicou acórdão do Superior Tribunal do Canadá, a respeito de um caso relativo a um jovem de 15 anos que recusou receber transfusão de sangue, nos seguintes termos:

A maturidade não é a mesma em todos os casos; a maturidade pode vir com as circunstâncias [...]. Acho que ele (o jovem) é suficientemente maduro para expressar um conceito cogente e ele o expressou a mim, e eu estou convicto de que ele é um jovem adulto amadurecido [...] Sua vontade é que não se lhe administrem hemoderivados, e estou convicto também de que, se tal vontade for contrariada de algum modo pelo Diretor, sob ordens deste Tribunal, os melhores interesses dele serão adversamente afetados, de forma manifesta e em sentido muito real, porque creio que sua vontade de combater a doença e de participar no tratamento seriam seriamente afetadas.<sup>53</sup>

E, por último, no que diz respeito à capacidade de menores amadurecidos fazerem decisões, a *Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança* declara no seu art. 12: “Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança”.<sup>54</sup>

Ao que um texto publicado na revista médica *Pediatrics* complementa:

O papel correto da criança no tratamento planejado depende menos da idade cronológica do que do seu desenvolvimento e de sua capacidade pessoal. Por exemplo, embora crianças de 10 anos geralmente sejam menos capazes de entender conceitos abstratos do que os adolescentes, algumas delas poderão agir ou pensar de forma mais madura [...]. À medida que as crianças vão se tornando mais velhas e adquirem maior capacidade, elas deveriam ficar mais plenamente envolvidas em planejar seus tratamentos. Crianças mais velhas e adolescentes talvez possuam

---

<sup>53</sup> *Human Rights Law Journal*. 280 at 282, 11 Nfld & P.E.I.R. 91 and 348 \*P.R. 91 at 95,96 (Nfld U.F.C.; Canadá). In *Cuidados com...*, p. 31.

<sup>54</sup> *Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança*, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro, 1989, art. 12, edição em português. In *Cuidados com ...*, p. 29.

valores religiosos, ou outros que modelem suas respostas à doença e ao tratamento.<sup>55</sup>

De todos os textos aqui apresentados, uma conclusão fica clara: o *consentimento informado* tem para os países aqui citados uma importância quase tão grande quanto aquele outro tipo de consentimento necessário para um ato jurídico. Todos os trechos reproduzidos trazem a nítida explicação do alcance real ou possível do consentimento informado, mesmo proveniente de uma criança ou de um adolescente.

Por contra, percebe-se que os textos nacionais são um tanto vagos pois, conforme mencionado, a prática do *consentimento informado* é ainda incipiente em nosso país e, por tal razão, Pierangelli informou que consentimento de menor de idade não é válido.

Pode-se pensar, então, que de acordo com o que foi salientado anteriormente, não estava ele a se referir a este tipo de consentimento – o *informado* – do qual tratam todos os outros textos citados, mas a um consentimento genérico.

Todavia, se equívoco houve e o autor realmente estava a se referir ao *consentimento informado*, então há que se reconhecer que ainda estamos bem longe da compreensão dos países aqui mencionados, no que tange ao respeito pela opinião e vontade dos menores.

---

<sup>55</sup> FLEISCHMAN, Ar. *Caring for Gravely Children*. *Pediatrics*, v. 94, nº 04, oct. 1994, p. 433-9 at 437. In *Cuidados com ...*, p. 29-30.



## 6. DA PRESUNÇÃO

### 6.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No âmbito jurídico, o vocábulo *presunção* possui o sentido de convencimento antecipado da verdade provável, a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo.

Derivado do latim *praesumption*, que por sua vez deriva do verbo *sumere* aliado à preposição *prae*, conota a idéia do que é tomado antecipadamente, ou seja, a concepção primeira ou a noção nata ou, ainda, ter por verdadeira alguma coisa antes de ser ela provada.

A presunção, segundo Tereza Ancona Lopes de Magalhães, define-se como “o resultado de um processo lógico racional, que permite à mente humana, partindo de um fato conhecido (experiência), chegar a uma verdade jurídica (verdadeiro, aqui, significa o provável)”.<sup>1</sup>

Acrescenta a autora que, o direito, todavia, não se presume. O que é presumível, ao menos em princípio, é o conhecimento do direito, tal qual ele se apresenta, e este sempre diz respeito a um fato.

Portanto, o que caracterizaria a presunção no direito seria a existência de um fato tido como verdadeiro, sendo que, neste caso, o verdadeiro é o provável, por ser aquilo que geralmente costuma acontecer.<sup>2</sup> E, como se baseia na experiência, repousa então na idéia de probabilidade.

---

<sup>1</sup> MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopes de. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 60, 1977. p. 371. Verbete “presunção”.

<sup>2</sup> Como exemplo cita-se o famoso relato bíblico sobre o julgamento de Salomão, a respeito da criança que era disputada por duas mães. Por presunção, o rei deduziu que a ternura e o desprendimento da mulher, que preferia

O legislador se serve da presunção para adaptar da melhor maneira possível a norma à realidade social, procurando atingir uma maior segurança nas relações sociais.

## 6.2 ALCANCE E RAZÃO DE SER DAS PRESUNÇÕES

Para captar o alcance das presunções legais, Magalhães menciona que é por meio delas que se reverte o ônus da prova da vítima para o réu; bem como contribui de maneira significativa para a segurança social, quando estabelece que “ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”.<sup>3</sup>

Apesar de ser um fator arbitrário e artificial, a presunção tem o condão de tornar verdadeiro o que não é senão provável.

A autora comenta, também, que o expediente da presunção tem sido usado com frequência na jurisprudência pátria para “remediar situações de injustiça criadas pelo texto frio da lei”<sup>4</sup>. Como exemplo cita o da construção da moderna doutrina da responsabilidade civil.

O autor Sérgio Carlos Covello entende que são duas as principais razões de ser da presunção:

- 1<sup>a</sup>) a dificuldade de provar certos fatos por via direta;
- 2<sup>a</sup>) a estabilidade e a economia na aplicação do direito.

---

ficar sem o filho, a vê-lo partido em dois e dividido entre as duas contendoras, só poderia provir da mãe verdadeira.

<sup>3</sup> MAGALHÃES, p. 369.

<sup>4</sup> *Ibid. idem*, p. 369.

Admite o autor que “sem o instituto da presunção, o direito seria ainda mais complexo e difícil de integrar-se na realidade fática”.<sup>5</sup>

Informa, que a distinção entre a presunção e a prova encontra-se no fato de que “a prova estabelece o fato de forma direta e a presunção de forma indireta, por indução, com base em fato já provado”.<sup>6</sup> Ou, ainda, que a prova dá a certeza, enquanto a presunção dá a probabilidade.

Todavia, não deixa ele de apontar uma razão de ser social da presunção, em virtude da dificuldade de obter uma prova direta em determinados casos; para depois concluir que a presunção é uma necessidade social, e não um mero acidente dentro da ciência do direito.<sup>7</sup>

Com a evolução do mundo, apenas a clássica teoria subjetiva, fundada na culpa, tornou-se insuficiente para solucionar os problemas da responsabilidade civil que, ao adaptar-se, deu nascimento à teoria objetiva, fundada no dano.

Primeiramente, esta apontava para uma culpa presumida do agente causador do dano.<sup>8</sup> Dar-se-ia, no caso, a inversão do ônus da prova, cabendo ao réu provar a sua não-culpa, ou seja, uma situação inserida na presunção *juris tantum*, já que poderia ser vencida.<sup>9</sup>

Na etapa evolutiva da responsabilidade subjetiva para a objetiva, admitiu-se a possibilidade de uma presunção de culpa mais ampla (*juris et de jure*).

---

<sup>5</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 60, 1977, p. 412. Verbete “presunção jurídica”.

<sup>6</sup> COVELLO, p. 413.

<sup>7</sup> COVELLO, p. 419, 421.

<sup>8</sup> MAGALHÃES, p. 370.

<sup>9</sup> Exemplos: Súmula 341 e art. 17 da Lei nº 2.681, de 1912.

Nela, o agente causador do dano seria o responsável, só podendo se eximir daquela responsabilidade, se ficasse provada a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva ou concorrente da vítima.<sup>10</sup>

Na seqüência evolutiva, chegou-se à teoria do risco, ou da responsabilidade objetiva, por conta da qual a idéia de culpa não é levada em consideração, sendo bastante provar o nexo de causalidade entre o dano e o ato. Isto tudo com base na premissa de que aquele que cria riscos por meio de sua atividade deve reparar os danos dela advindos.

### 6.3 A PRESUNÇÃO DE CULPA E A SEARA MÉDICA

Ao levar-se o tema para a seara médica, pode-se entender que a teoria subjetiva diz respeito ao trabalho daquele profissional, enquanto analisa a sua responsabilidade e assenta esta na noção de culpa.

Entende Lôbo que “na responsabilidade com culpa, a culpa é necessária para a ligação entre o fato ilícito e o sujeito imputável. Nessa hipótese, o fato (ou ato) é contrário ao direito, assim a responsabilidade somente imputa-se ao sujeito se houver vontade ou se houver procedido sem o cuidado necessário”.<sup>11</sup>

Portanto, a culpa médica há que ser cabalmente provada, não cabendo aqui nenhum tipo de presunção. Conforme Santos, “é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de

---

<sup>10</sup> Como exemplo, a teoria francesa da responsabilidade na guarda de coisa inanimada e de animal, teoria esta que também foi aplicada pelos nossos tribunais. Art.1.757, do Código Civil brasileiro.

<sup>11</sup> LÔBO, *op. cit.*, p. 142.

negligência, imprudência imperícia ou erro grosseiro de sua parte”.<sup>12</sup> Esta postura é encontrada também no direito comparado, bem assim nos países que nos são vizinhos.<sup>13</sup>

Lôbo informa que “na presunção de culpa, a culpa não é verificável em concreto. Ao legislador bastou indicar alguém como presumivelmente culpado, sem necessidade de prová-lo. A presunção é, normalmente, *juris tantum*, quando se admite a prova em contrário (inversão do ônus da prova)”.<sup>14</sup>

Contudo, no caso da responsabilidade do exercício da profissão médica, entende-se ser necessário criar uma linha divisória, para que não se confunda inversão do ônus da prova com culpa presumida. A inversão do ônus pode ocorrer, mas isto não pode levar a uma presunção de culpa ou estar-se-ia objetivando a responsabilidade daquele profissional, o que vai de encontro à norma legal. (arts. 1.545 do Código Civil e 14, § 4º do Código do Consumidor).

Do que se conclui que, mesmo sendo considerada uma responsabilidade subjetiva pode, contudo, ocorrer uma inversão do ônus da prova e isso se dará em situações específicas, tais quais:

- a) quando a prestação obrigacional estiver inserida na seara das obrigações de resultado;
- b) quando a vítima (paciente) for considerada hipossuficiente, ou houver indício de verossimilhança, de acordo com o Código do Consumidor, condição que deverá ser arbitrada pelo juiz.

---

<sup>12</sup> SANTOS, Ulderico Pires dos. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 361.

<sup>13</sup> Do corpo de um julgado do vizinho país portenho lê-se o seguinte: “... *Se há podido decir sobre el tema: sostenemos que el médico sera responsable por razón de su culpa en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase (Alberto J. Bueres – Resp. Civil de los Médicos, p. 237).*” *Sent. de fecha 27/3/89*. Trib. 1º (Marabotto-Burella-Parga-Gutiérrez) L.J.U.T. 99 caso 11.238. *Apud* SZAFIR, Dora e VENTURINI, Beatriz. *Responsabilidad médica en el Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 10.

<sup>14</sup> LÔBO, p. 143.

Sabe-se que a culpa do profissional médico perante o direito é uma culpa comum e não uma culpa especial como querem alguns, o que diferenciaria a conduta daquele profissional da dos demais indivíduos.

Também a responsabilidade que lhe é atribuída é aquela idêntica para todos; diferente, apenas, é a natureza de ocorrência da culpa, pois esta resulta do exercício de sua profissão.

A responsabilidade médica, portanto, rege-se pelos mesmos princípios da responsabilidade civil em geral, segundo a qual, quem pratica um ato em estado de sã consciência e capacidade; com liberdade, intencionalidade ou por mera culpa, tem o dever de reparar as conseqüências danosas que possam advir de seu proceder.

Na análise da responsabilidade médica mister se faz, ao determiná-la, verificar efetivamente se o dano ocorrido foi causado pelo ato do profissional, ou se foi conseqüência da evolução natural de uma patologia. Com este ato de cautela evita-se que o desenrolar de um prognóstico – que teve uma resultante negativa –, seja tido como a conseqüência de um ato médico nefasto.

A culpa médica, conforme já referido, não se presume; ela há de ser cabal e cristalinamente provada. E, quanto a isso, pode-se constatar que a jurisprudência pátria é, não só unânime, quanto bastante incisiva.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Médico – Responsabilidade civil – Quando ocorre – Ação improcedente. A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imperícia, a imprudência e a negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a possibilidade de culpa dos doutores em Medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares. Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro. Ementa. Ap. Civ. nº 17.613. Rel. Des. Felisberto Ribeiro. 20 ago. 1981. In RT. São Paulo, v. 558, p. 178-80, abr. 1982.

Mesmo nos casos de prestações obrigacionais, consideradas como inseridas em uma obrigação de resultado, parece ser lógico entender que há, tão somente, a inversão do ônus da prova e, não, inserção em uma presunção de culpa do tipo *juris tantum*.<sup>16</sup>

A este respeito, assim se pronuncia Aguiar Dias: “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa.”<sup>17</sup>

Entende-se, outrossim, existir este tipo de presunção (*juris tantum*) em relação aos prepostos do médico, enquanto chefe de equipe, ou seja, seus auxiliares diretos: instrumentador, auxiliar de cirurgia, enfermeiros e outros correlatos.

Quanto à responsabilidade hospitalar, situa-se ela, indubitavelmente, dentro da teoria da responsabilidade objetiva, já que uma entidade que tira proveito de sua atividade, e que cria riscos, deve se responsabilizar no sentido de reparar os danos advindos daquela atividade.

Segundo Lôbo, “na responsabilidade objetiva a ligação do fato ao sujeito imputável dá-se sem qualquer consideração de culpa, inclusive a presumida. Nessa hipótese, para a ilicitude basta apenas a contrariedade ao direito do fato”.<sup>18</sup>

Todavia, entenda-se apenas inserido neste contexto, aquele tipo de nosocômio que integra totalmente as funções de um hospital: admite o paciente, interna-o; tem corpo clínico, cirúrgico e de enfermagem sob sua responsabilidade; enfim diferencia-se, por algumas características, daquela entidade hospitalar que só hospeda o paciente.

---

<sup>16</sup> *Juris tantum* ou presunção legal relativa ou, ainda, condicional, é aquela que se tem por verdade um fato, enquanto não se prova o contrário. Tem, como característica principal, o condão de inverter o ônus da prova.

<sup>17</sup> DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade dos médicos. In *Seleções Jurídicas*, COAD/ADV, maio/94, p. 7.

<sup>18</sup> LÔBO, p. 143.

Nesse caso – quando é apenas hospedeiro –, e em ocorrendo um dano ao paciente, há que haver toda uma análise das relações existentes entre hospital e médico, médico e corpo de enfermagem, cirurgião e anestesiológico, e outras tantas possíveis.

Mesmo estando a responsabilidade hospitalar inserida em uma responsabilidade objetiva, não entendemos tratar-se de uma presunção *juris et de jure* pois, referindo-se a este tipo de presunção, informa o prof. Dr. Aloisio Surgik: “de acordo com a forma tradicional é inadmissível a prova em contrário o que no fundo se quer dizer é que nada adiantaria administrar tal prova pois, a despeito dela, o órgão judicial continuaria a pôr como fundamento fático de sua decisão, aquilo que a lei presume”.<sup>19</sup>

Portanto, a responsabilidade do hospital não estaria inserida em uma presunção *juris et de jure*, mas tão-somente em uma responsabilidade objetiva, já que esta pode ser elidida por caso fortuito ou força maior, ao que caberia adicionar, ainda, a não-culpa provada do médico, quando a presumida responsabilidade do nosocômio tenha sido suscitada em função de ato culposo daquele seu preposto.

Assim, dentro das possibilidades oferecidas<sup>20</sup> pela conceituação e análise das presunções entende-se que, de uma maneira sucinta – e computando-

---

<sup>19</sup> SURGIK, Aloisio. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 60, p. 389. Verbetes “presunção absoluta e relativa. Teoria da prova”.

<sup>20</sup> A par das possibilidades oferecidas, ainda as presunções têm o que se convencionou denominar “função sócio-jurídica” e que, apenas a título de informações, se as enumera: aperfeiçoamento do raciocínio jurídico; adaptação da norma à realidade social; maior segurança nas relações sociais; inversão do ônus da prova, da vítima para o réu; torna verdadeiro o que é apenas provável, através do convencimento antecipado; possibilita o conhecimento de uma verdade provável sobre um fato desconhecido, a partir de um conhecido e conexo; estabilidade e economia na aplicação do direito; modo indireto de prova; possibilidade de eliminar taxativamente qualquer prova em contrário (presunção *juris et de jure*).



se ainda a dicotomia meio/resultado –, os diferentes tipos de prestação obrigacional dos profissionais da saúde e das entidades hospitalares, poderiam ser encaixados, em conformidade com o tema em estudo, dentro do seguinte esquema:

- a) Médico em geral – obrigação de meio –: responsabilidade assente na culpa comprovada, não cabendo presunção de culpa.
- b) Cirurgião plástico estético – mesmo quando inserido no conceito de obrigação de resultado –: não há presunção de culpa, há apenas a inversão do ônus da prova.
- c) Médico como chefe de equipe – presunção legal relativa (art. 1.521, III, do Código Civil): culpa presumida até prova em contrário (*juris tantum*).
- d) Hospitais – responsabilidade objetiva. Teoria do risco. *Onus probandi* por conta da entidade hospitalar. Não se inserindo, porém, em uma presunção *juris et de jure*, já que a ocorrência de caso fortuito, força maior e culpa exclusiva (ou concorrente) da vítima elidem a responsabilidade (ou parte dela). Inadequação, pois, do uso aqui da presunção *juris et de jure*, já que esta elimina taxativamente a prova em contrário.

## 6.4 A PRESUNÇÃO DE CULPA NA VISÃO ARGENTINA: O PENSAMENTO DE BUERES

Bueres chama a atenção para o fato de que, tradicionalmente, a responsabilidade contratual repousou na idéia exclusiva da culpabilidade. Afastavam-se desse conceito as obrigações tidas como de segurança (ou de garantia), e que diziam respeito aos contratos de transporte e espetáculos públicos, entre outros. A responsabilidade contratual objetiva, por sua vez, dizia respeito aos proprietários de hotéis e de estabelecimentos públicos.<sup>21</sup>

Entende aquele autor que – subjetiva – a responsabilidade nunca o foi exatamente, todavia, a doutrina persistiu na idéia de que a responsabilidade proveniente de um incumprimento absoluto, ou relativo, tinha um caráter subjetivo.

Por entender insuficiente tal critério, Bueres deu início a uma tomada diferente de posição, e o fez com base no fato que nas obrigações de resultado a prova do incumprimento fornecida pelo credor descartaria a possibilidade de ser utilizado o elemento *culpa* em favor do devedor, vez que naquele tipo de obrigação a culpa não desempenha papel algum.

Por tal razão, o devedor só poderia eximir-se de responder se provasse a existência de caso fortuito.

Entende Bueres que “essa atitude de descarte do elemento subjetivo (culpa) importaria considerar que – naqueles casos – o critério de imputação seria objetivo”.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> BUERES, Alberto J. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Director: Alberto J. Bueres. Coordinación: Helena I. Highton. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. T. 2A. *Parte General: Obligaciones*. Arts. 495-723, p. 119-20.

<sup>22</sup> BUERES. *Código...*, p. 121.

Segundo a corrente doutrinária em uso até então, uma vez provado o incumprimento do devedor, ou confirmada a existência de uma infração, estaria instalada uma presunção de culpa.

Assim, o questionamento de Bueres diz respeito a saber que tipo de presunção legal seria aquela, para então concluir que não poderia tratar-se de uma presunção *iuris tantum* (ou relativa), uma vez que ao devedor lhe é vedado provar sua não-culpa.

Também não se trataria de uma presunção *iuris et de iure* (ou absoluta), pois este tipo de presunção também não permitiria a prova da causa. Concluiu, assim, o citado autor, que a presunção de culpa – consequência de um incumprimento de uma obrigação de resultado – não seria mais que uma obscura ficção, resultante da ideologia dogmática da culpa.

Não havia, pois, como não questionar que classe de presunção seria aquela, que não permitia ao devedor demonstrar que sua culpa não existia.

As conclusões obtidas por Bueres – e também comentadas por Vazquez Ferreyra<sup>23</sup> – esclarecem que se a culpa é deixada fora de questão é porque ela não interessa, sendo este um indicativo de que se está frente a uma responsabilidade objetiva, cujo fundamento ou fator de atribuição – que é objetivo – poderia ser representado por um dever de garantia, por uma segurança ou por uma tutela especial de crédito; todos eles se identificando com “uma exigência de uma sociedade industrial e desenvolvida tecnicamente”.<sup>24</sup>

Isto equivale dizer que se está frente a um dever objetivo, uma vez que só interessa a conduta eficaz do devedor, com abstração de que tenha obrado com culpa ou sem ela.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *La responsabilidad contractual objetiva*. *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1988, p. 1.001.

<sup>24</sup> *Ib. idem*, p. 1.001.

<sup>25</sup> *Ib. idem*, p. 1.002.

Sob o enfoque da visão de Jordano Fraga, a responsabilidade contratual apresentaria, hodiernamente, um fundamento objetivo, em razão de a culpa ter deixado de ser o fundamento único deste tipo de responsabilidade e sendo seu verdadeiro fundamento, o mero incumprimento.<sup>26</sup>

No entender desse autor, a culpa como fundamento da responsabilidade – e a ausência de culpa como prova liberatória no contexto de um sistema de responsabilidade contratual que exige do devedor não cumpridor a prova do caso fortuito para sua associação – seriam simples elocubrações mentais a ocultar o funcionamento efetivo do mesmo.<sup>27</sup>

Bueres chega mesmo a concluir que a falta de culpa nem sempre foi captada com exatidão.<sup>28</sup>

A postura de Jordano Fraga, segundo Vazquez Ferreyra, vem alicerçada na doutrina italiana que, desde o início do século, delineia uma tendência objetivista.<sup>29</sup>

Entende Jordano Fraga que a culpa foi desbancada de seu papel de fundamento da responsabilidade contratual. A tendência atual, então, fundar-se-ia em fatos objetivos, tais quais, o puro e simples incumprimento de uma obrigação, sempre que esta prestação devida fosse possível de ser cumprida.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987, p. 20.

<sup>27</sup> JORDANO FRAGA, p. 20.

<sup>28</sup> BUERES. *Responsabilidad contractual objetiva*, p. 984.

<sup>29</sup> Cf. VASQUEZ FERREYRA, *La responsabilidad...*, p. 1.002.

<sup>30</sup> Segundo o pensamento de JORDANO FRAGA: 1) A culpa não é fundamento da responsabilidade, mas sim o incumprimento; 2) se a culpa fosse o fundamento da responsabilidade, então a não-culpa constituiria o limite daquela responsabilidade, o que não ocorre; 3) nas obrigações de resultado o incumprimento material, ou primário, é representado pela falta de resultado, enquanto nas obrigações de meio o incumprimento é a culpa; 4) uma vez fixado o incumprimento material (ou primário), realiza-se *a posteriori* o juízo de responsabilidade, que estabelecerá se há ou não cumprimento definitivo. *Op. cit.*, p. 180-81. BUERES, comentando tais reflexões, assim se posiciona: o fato de dizer que o incumprimento – e não a culpa – é o fundamento da responsabilidade contratual, deixa prejudicado o tema do fator de atribuição. Nos deveres de meio o elemento culpa, além de ajudar a determinar o incumprimento funcional, ainda é fator de atribuição; nas obrigações de resultado aquele elemento não tem lugar. BUERES, *Responsabilidad contractual...*, p. 980.

Ou seja, o devedor será responsabilizado sempre que a obrigação restar inadimplida; por outro lado, sua não-responsabilização só se verificará quando a obrigação venha a se extinguir por impossibilidade sobrevinda, mas que não seja atribuível ao devedor.

Bueres, assim como Jordano Fraga, têm como dado histórico o fato de que a ausência de culpa nunca bastou, suficientemente, para exonerar o devedor inadimplente.<sup>31</sup> Razão pela qual, entendem que o *fator de atribuição* deve ser objetivo, em especial nas obrigações de resultado, uma vez que nestas não está em jogo a culpabilidade do devedor.

#### 6.4.1 A Presunção de Culpa na Visão Uruguaia: o Pensamento de Gamarra

De idêntica maneira, no vizinho país uruguaio, o dogma de que não há responsabilidade contratual sem culpa começa a ruir.

O sustentáculo legal é dado pelo artigo 1.342 do Código Civil daquele país que determina que *el deudor es condenado a resarcir daños y perjuicios "siempre que no justifique que la falta de cumplimiento provine de causa extraña que no le es imputable"*.

Gamarra entende que nasce aí a responsabilidade contratual objetiva pois, ao se considerar que o regime da carga de prova impede a exoneração por ausência de culpa, conclui-se que a responsabilidade contratual não estava fundada na culpa.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> JORDANO FRAGA, p. 82. BUERES, *El acto ilícito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1986, p. 54. *Código...*, p. 120. *Responsabilidad contractual...*, p. 964. *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1981, p. 32.

<sup>32</sup> GAMARRA, Jorge. *Responsabilidad contractual objetiva*. In *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. BUERES e CARLUCCI (Coord.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 113. Também em BUERES, *La responsabilidad contractual...*, p. 978.

Então, dentro do conceito das obrigações de meio e de resultado – e segundo o critério utilizado para distinguir as responsabilidades objetiva e subjetiva –, explica Gamarra que o devedor não será responsável se a responsabilidade é subjetiva e se persiste a ausência de culpa. Todavia, uma vez que as obrigações de resultado pertencem ao campo da responsabilidade objetiva e englobam tanto as obrigações de dar, como as de não fazer e, parcialmente, as de fazer, “*es inevitable concluir, como lo hace Bueres que ‘en la mayoría de los casos la responsabilidad contractual será objetiva’.*”<sup>33</sup>

## 6.5 A VISÃO BRASILEIRA E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

A opção concluída pela responsabilidade contratual objetiva parece ser pacífica nos dois países irmãos, sendo mesmo conclusivo, conforme visto, que uma prestação obrigacional de resultado seja encarada como inserida na seara da responsabilidade objetiva, ou em uma situação de presunção de culpa.

De acordo com as palavras de Vazquez Ferreyra, “*señala con acierto Bueres que – ya lo adelantamos – en las obligaciones de resultado, probado el incumplimiento este genera una presunción de culpa*”.<sup>34</sup>

No que diz respeito à responsabilidade médica, todavia, Bueres conclui que “*en definitiva estimamos que culaquiera sea la directiva probatoria, la obligación del médico – que es ejemplo paradigmático elegido – es*

<sup>33</sup> GAMARRA, *op. cit.*, p. 113. O autor informa que a jurisprudência uruguaia, reiteradamente, acolhe a noção objetiva; o incumprimento não é imputável quando está causado por impossibilidade fortuita, causa estranha ou obstáculo insuperável que não tenha sido provocado. O devedor não se exonera por ausência de culpa. p. 116, nrp nº 23.

<sup>34</sup> VAZQUEZ FERREYRA, *Responsabilidad...*, p. 1.001.

*invariablemente de medio. En rigor, siempre está en juego la culpabilidad del deudor, y esto es lo que vale”.*<sup>35</sup>

Traçando um paralelo com o Brasil – diferentemente do que ocorre na Argentina e no Uruguai – mas em consenso com o conteúdo da seção 6.3 do presente capítulo, pode-se inferir que mesmo quando a prestação obrigacional do profissional médico estiver inserida (adequada ou inadequadamente) em uma obrigação de resultado, esta circunstância não pode ter o condão de transformar sua responsabilidade em responsabilidade objetiva – ou mesmo favorecer uma presunção de culpa – mas, tão-somente, propiciar a inversão do ônus da prova.

Conforme já discorrido, entendemos ser esta a interpretação correta, haja vista o que prevê o ordenamento jurídico brasileiro sobre a responsabilização do profissional liberal, com base na responsabilidade subjetiva, assente sobre uma culpa cabalmente comprovada (e não uma presunção de culpa).<sup>36</sup>

Frente a isso, causa, então, pelo menos, surpresa o contido no artigo 926 do Projeto do Código Civil brasileiro que, no seu parágrafo único – ao atribuir responsabilidade independentemente de culpa nos casos de lei (tais como da Administração Pública e por acidente de trabalho, entre outros) – inclui, também, o seguinte [...] “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem”.

Por evidente que isto diz respeito, diretamente, não só à atividade médica, como também a todos os outros profissionais liberais, bem assim aos

---

<sup>35</sup> BUERES, *Responsabilidad contractual...*, p. 997.

<sup>36</sup> Código Civil: Art. 1545 – “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”. [Sem grifos no original].

Código Civil: Art. 159 – “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. [Sem grifos no original].

Código do Consumidor: Art. 14, §4º – “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. [Sem grifos no original].

empresários, uma vez que suas atividades, como um todo, são geradoras de risco.

Parece ser válido, então, externar um questionamento: como, no futuro, coadunar, – sem incongruências – (se é que isto será possível) ordenamentos divergentes sobre um mesmo assunto...?



## 7. REVISITANDO DEMOGUE: SEU PENSAMENTO E SUA ÉPOCA

### 7.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O francês René Demogue foi, sem sombra de dúvida, um jurista bastante estudioso e influente em sua época. Tanto o foi que até hoje sua obra clássica, *Droit des Obligations*, é leitura básica para qualquer autor ou pesquisador que se aventure pelas veredas daquele assunto.

Não bastando isso, ainda ele é considerado o patrono da divisão das obrigações, quanto ao seu conteúdo, em *obrigação de meio e de resultado*. Conquanto vários autores reportem esse fato, a verdade é que outros antes dele já haviam abordado tal dicotomia, tendo ela suas raízes no próprio Direito Romano. Contudo, Demogue teve o grande mérito de pinçá-las do baú da história jurídica, e o fez no momento oportuno.

Argumenta-se que seria impossível entender claramente o que se aponta como inadequação de uso de uma obrigação de resultado, sem visitar Demogue, sem procurar palmilhar novamente a trajetória feita por ele, seu pensamento arguto e as necessidades de sua época. E, uma boa maneira de conhecer-se um homem, é fazê-lo através do conhecimento de sua obra e de seu tempo.

## 7.2 RACIONALIDADE E ADEQUAÇÃO

Iniciando pelo volume de número um, na Parte Preliminar, capítulo primeiro, da coleção composta de sete volumes de *Droit des Obligations*, Demogue faz um alerta bastante interessante, que deve ser aqui mencionado (e o faz com base em um mesmo sobreaviso dado anteriormente por Salleiles<sup>1</sup>). Segundo ambos, as disposições legais relativas às obrigações, pretendem – abusivamente – ser cognominadas de *teoria*. Contudo, ainda que a sua longevidade seja devida à sua generalidade, o que permite uma sobrevivência maior que outros tipos de normas, elas não deixam de ter aplicação temporária.<sup>2</sup>

Em seguida, conclui Demogue, que a sobrevivência das normas relativas às obrigações é mais aparente que real, e é a permanência enganosa do direito formal que dissimula as mutações do direito vivo.<sup>3</sup> Ora, sabe-se bem que a racionalidade equivale à adequação de meios eficientes para alcançar determinados fins e, nesse momento, não há como não lembrar a obra recentíssima de Katie Argüello que, trabalhando sobre o referencial de Max Weber, faz um alerta para a problemática da racionalidade formal e material do Direito.<sup>4</sup>

Informa a autora que Weber, enquanto sociólogo, interessava-se em analisar a crescente racionalização referente às diversas atividades humanas, comparando-as umas às outras e buscando compreender o que advém como consequência da racionalização destes comportamentos humanos. “Na esfera jurídica, por exemplo ele (Weber) evidencia que a racionalização técnica

---

<sup>1</sup> SALLEILES. *Théorie de l'obligation*. Préface de la 1ère. édition. Apud DEMOGUE.

<sup>2</sup> “Les dispositions légales relatives aux obligations prétendent abusivement au nom de théorie. Bien qu’elles soient douées grâce à leur généralité d’une longévité spéciale qui leur permet de survivre à d’autres parties de leurs codes, elles ne sont susceptibles que d’applications temporaires. DEMOGUE, René. *Droit des Obligations*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, v.1, p. 1.

<sup>3</sup> “Les survivances sont d’ailleurs plus apparentes que réelles et la permanence trompeuse du droit formel dissimule ici les mutations du droit vivant”. *Ibid.*, p. 1.

<sup>4</sup> ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da modernidade*. Direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 151.

excessiva criou um abismo entre a lógica interna do sistema jurídico e os seus destinatários”.<sup>5</sup>

Demogue, por sua vez, explica que a obrigação supõe, como primeiro elemento, um liame de direito,<sup>6</sup> sendo que todo o direito comporta um limite na vontade do obrigado,<sup>7</sup> até porque o direito não é uma força indefinida: ele tem suas gradações.<sup>8</sup>

### 7.3 A OBRIGAÇÃO E A OBJETIVIDADE DO LIAME OBRIGACIONAL NA VISÃO DE DEMOGUE

Então, não há como não questionar até que ponto a racionalização do direito formal pode dificultar a eficácia e o bom andamento do direito material.

Sabe-se que toda obrigação tem por objeto uma prestação, a qual corresponde a uma ação do devedor em relação ao credor. Esta prestação tem um conteúdo, que é o objeto mediato da obrigação; contudo, este objeto pode ser extremamente variável.<sup>9</sup>

De todas estas inferências (e após fazer uma análise temporal do que era o direito das obrigações, desde o tempo romano até a época contemporânea), Demogue define a obrigação como sendo a situação jurídica que tem por meta uma ação ou omissão, de valor econômico ou moral, cuja realização deve ser assegurada por determinadas pessoas.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> ARGÜELLO, p. 151.

<sup>6</sup> “L’obligation suppose comme premier élément un lien de droit, le mot étant pris bien entendu dans un sens figuré”. *Ibid.*, p. 10.

<sup>7</sup> “Tout droit comporte une limite dans la volonté de l’obligé”. *Ibid.*, p. 11

<sup>8</sup> “Le droit n’est pas une force indéfinie. Il y a des questions de degré”. *Ibid.*, p. 12.

<sup>9</sup> “Toute obligation a pour objet une prestation, c’est-à-dire une action du débiteur envers le créancier. Cette prestation a elle-même un contenu qui est l’objet médiat de l’obligation. Ce contenu peut être très varié”. *Ibid.*, p. 15.

<sup>10</sup> “L’obligation est la situation juridique ayant pour but une action ou abstention de valeur économique ou morale dont certaines personnes doivent assurer la réalisation”. *Ibid.*, p. 16.

O autor entende que esta definição se aproxima da fórmula do Código Civil alemão, no seu art. 241: “Em virtude da relação de obrigação, o credor tem o direito de exigir do devedor uma prestação. A prestação pode consistir, igualmente, em uma abstenção”.

Esta noção, que corresponde a certas soluções especiais, é o que Demogue entende que se pode chamar de *a objetividade do liame obrigacional* e este liame é – menos um elo entre pessoas, já bem determinadas – e mais a execução da obrigação em si mesma. É para atingi-la que tudo se conjuga e se amarra em cadeia (*se rattache*).

É por tal razão que ele entende dever-se considerar mais a cadeia que suas próprias extremidades. Do que resulta que não só a obrigação do lado ativo pode sofrer uma modificação, quanto aquela do lado do credor. Ou seja, a vontade do devedor pode, por si mesma, criar uma obrigação, o mesmo ocorrendo com a vontade do credor.

Pode-se, então, daí concluir algo mais: existe a possibilidade de ocorrência de uma obrigação – indeterminada – a se inserir no seio da obrigação predeterminada.<sup>11</sup>

Ao se perguntar qual é a razão de ser das obrigações, Demogue responde que uma pergunta tão genérica não comporta senão uma resposta genérica, todavia, reporta-se a Domat, dizendo que este já havia indicado o caráter necessário das obrigações, ao afirmar que o uso das convenções é o caminho natural para que haja ordem na sociedade civil e nas ligações que Deus formou entre os homens.

---

<sup>11</sup> Vertendo esta situação para o campo médico, vê-se que não é incomum o profissional ter que assumir uma responsabilidade maior, ou diferente da inicialmente contratada, devido ao paciente não ter cumprido a sua parte no contrato, favorecendo, em razão disso, o aparecimento de seqüelas, passando a necessitar que um outro tratamento de desenvolva com base na nova patologia, representada por aquela seqüela.

E a matéria da qual são feitas as convenções é a diversidade infinita das maneiras voluntárias com as quais os homens regulamentam entre si a comunicação e a põem em prática no seu trabalho, na sua criação e em todas as coisas segundo suas necessidades.<sup>12</sup>

Dessas assertivas, Demogue entende ser necessário concluir as conseqüências seguintes:

- a) As convenções e os atos jurídicos, sendo obrigatórios, passarão a ser admitidos facilmente e de maneira tácita.
- b) Não se exigirá que o demandante os prove: será suficiente que os torne verossímeis.
- c) O juiz tem autoridade para favorecer o nascimento de uma obrigação que possa ajudar os homens a resolver as dificuldades criadas pela necessidade de se entenderem.

Daí, indaga Demogue, como fica o problema da liberdade, se considerarmos como natural que o Estado obrigue algumas convenções de serem aceitas? Como limitar o terreno das obrigações para que a liberdade não se torne tão frágil? A resposta é dada pela utilidade objetiva dos contratos (teoria da causa).

Caso contrário, conclui ele, a obrigação nascida da vontade livre – e sendo admitida e consagrada pela cooperação social –, nenhum valor teria à medida que não respondesse a esta cooperação.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> “L’usage des conventions est la suite naturelle de l’ordre de la société civile et de liaisons que Dieu forme entre les hommes [...] La matière des conventions est la diversité infinie des manières volontaires dont les hommes règlent entre eux les communications et les mises en commun de leur travail; de leur industrie et des choses selon leurs besoin”. *Ibid.*, p. 19-20.

<sup>13</sup> “D’autre part l’obligation née de la volonté libre étant admise comme consécration de la coopération sociale n’a de valeur que dans la mesure où elle répond à cette coopération”. *Ibid.*, p. 20.

#### 7.4 RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL MÉDICA NA VISÃO DE DEMOGUE

Ao se referir ao presente assunto, Demogue considera que a responsabilidade do médico, em relação a seu cliente, demanda algumas observações.

Esse profissional, pondera o autor, contrata uma obrigação de meio, não de resultado. Ele não pode ser responsabilizado se seu cliente não se cura; mesmo porque, ele promete somente cuidados atentos. Em caso de dano, o cliente deve provar a falha do médico, bem como provar a relação causal entre o dano e o ato médico.

Todavia, por exceção, se o médico promete permanecer ao lado do doente e não o faz, e disso advém um dano, ele será, de pleno direito, responsável por aquele dano; mas será necessário provar a relação causal entre sua ausência e o dano, podendo, ainda, o médico, justificar-se comprovando que sua ausência deu-se por fato alheio à sua vontade.

Quanto ao diagnóstico, Demogue entende que um erro nessa área não pode ser considerado como tal, visto que, em especial a ciência médica, é mais incerta e conjectural que as outras. Teria, então, que tratar-se de um erro grave, para que redundasse em responsabilização para o médico.<sup>14</sup>

No que concerne ao tratamento, os médicos respondem por sua imprudência ou negligência. Todavia, seus atos teriam que ser de tal maneira contaminados pela imprudência, ou pela negligência, que nenhum dos seu

---

<sup>14</sup> *“Dans le diagnostic du médecin, sa science étant plus que d’autres incertaines et conjecturale, une erreur n’est pas nécessairement fautive. Aussi a-t-on parlé de la nécessité d’une faute lourde.*

pares, de maneira conscienciosa, nas mesmas condições, iria cometer o mesmo erro.

Entende Demogue que um ponto importante a ser evidenciado é o estado da ciência no momento do ato. E vai mais longe: um médico que tenta o impossível, que emprega um método por analogia, faz prova de um espírito de iniciativa, que pode se tornar exitosa, mas que não deve redundar em responsabilidade para ele.<sup>15</sup>

Quanto à responsabilidade daquele que vai julgar o médico, Demogue entende que há um domínio científico no qual o juiz não deve se imiscuir e, na oportunidade, insere parte de um julgado da Corte de Cassação que recomenda ser da sabedoria do juiz não adentrar temerariamente o exame das teorias ou dos métodos médicos e pretender discutir questões de pura ciência. Contudo, há regras gerais de bom senso e de prudência, que dizem respeito ao exercício de qualquer profissão, e às quais os médicos estão igualmente submetidos.<sup>16</sup>

E, como à época em que Demogue escrevia seus vários volumes sobre as obrigações, a temática da cirurgia plástica estética ainda era apenas incipiente (e mal aceita), veja-se o comentário *en passant* que ele faz a esse respeito: “Em um caso os médicos são tratados severamente, é quando sua intervenção por um

---

<sup>15</sup> “*En ce qui concerne le traitement, les médecins répondent de leurs imprudences ou négligences. Mais il semble qu'il faut qu'il s'agisse de faits qu'aucun homme de l'art consciencieux n'aurait accompli, point qui évidemment dépend de l'état de la science au moment de l'acte. Mais le médecin qui tente l'impossible, qui emploie une méthode par analogie fait preuve d'une initiative qui peut être hereuse et n'engage pas sa responsabilité.* v. 1, p. 185.

<sup>16</sup> “*Il est de la sagesse du juge de ne pas s'ingerer témérairement dans l'examen des théories ou des méthodes médicales et prétendre discuter des questions de pure science, mais il y a des règles générales de bon sens et de prudence auxquelles on doit se conformer avant tout dans l'exercice de chaque profession et, sous ce rapport, les médecins restent soumis au droit commun*”. Este julgado teve seu teor repetido em diversas ocasiões nas seguintes datas: dezembro de 1844; julho de 1862; junho de 1892; abril de 1897; fevereiro de 1900; novembro de 1904; outubro de 1912; novembro de 1924. Conforme DEMOGUE, *op. cit.* v. 1, p. 186. Lembrar que a edição do volume em comento data de 1923.

procedimento perigoso não visa a cura, mas a fazer desaparecer uma simples imperfeição física”!<sup>17</sup>

Ou seja, sabe-se muito bem que a cirurgia plástica, no seu início, foi duramente rechaçada, por que a sociedade leiga, de uma maneira geral, a julgava uma interferência nos desígnios de Deus.

Foram as guerras e sua horda de mutilados (em especial a II Guerra Mundial), que proporcionou a essa especialidade a possibilidade de começar a ser vista sob um novo ângulo pois, mediante sua interferência, era possível devolver, ao menos em parte, o sentido da vida aos herdeiros diretos daquela catástrofe.

Daí para atingir o terreno da “ vaidade ” e, posteriormente, ser reconhecida como necessária ao *equilíbrio psíquico* daquele que se sentia atingido por algo que o incomodava fisicamente, foi apenas uma questão de tempo (e bastante curto).

Todavia, pode-se já inferir que Demogue *nunca* previu que a obrigação de resultado deveria caracterizar uma prestação obrigacional no campo da cirurgia plástica estética e da anestesiologia, até porque, tanto uma quanto a outra eram áreas de especialidade completamente incipientes em seu tempo ou, pelo menos, não tinham a mais remota possibilidade de serem comparadas ao perfil que hoje ostentam, como especialidades de destaque.

Entende-se ser importante esta breve nota porque é comum ler-se, tanto em doutrina quanto em julgados, o nome daquele jurista associado de maneira indevida àquela conceituação. Se não resta a menor dúvida quanto ao fato de ser dele o mérito de fazer reviver a dicotomia *meio/resultado*, por contra também parece ser óbvio concluir que ele nunca pensou em classificar as áreas da

---

<sup>17</sup> DEMOGUE, *op. cit.*, p. 187.



anestesiologia e da cirurgia plástica estética como estando inseridas numa prestação obrigacional de resultado, pela simples e singela razão que – à sua época – elas ainda não existiam juridicamente...<sup>18</sup>

Na continuação de suas considerações sobre a responsabilidade médica, Demogue entende que tão grave quanto tentar “fazer desaparecer uma imperfeição física” é o fato de o médico se entregar a ensaios aleatórios não voltados para a cura, mas com o intuito de estudo ou pesquisa.<sup>19</sup>

Sobre intercorrências que possam advir no decurso de um ato cirúrgico, Demogue prevê que o médico não deverá ser responsabilizado se tiver que elastecer sua atuação além do previsto, mesmo fazendo-o sem a obtenção do consentimento, pois seu agir estaria caracterizado como inserido em um estado de necessidade.<sup>20</sup>

Por último, o autor reforça a idéia de solidariedade entre os contratantes (médico/paciente), apontando para a necessidade de o profissional bem informar seu cliente e, ainda, concluir que o médico, de uma maneira geral, pode invocar a urgência para se isentar da responsabilidade de alguns fatos, em especial em caso de procedimentos perigosos.<sup>21</sup>

Todas as indicações feitas pelo autor em comento, vêm embasadas em farta jurisprudência que ele cita em nota de rodapé; portanto, tais fatos não são

---

<sup>18</sup> Sabe-se que a cirurgia plástica passou a ser considerada como especialidade legalmente aceita, a partir de 1950, conforme informa BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Ábaco, 1979, p. 372.

<sup>19</sup> “Il en est encore de même si le médecin se livre à des essais hasardeux, non pour guérir, mais dans un but d'étude”. DEMOGUE, v. 1, p. 186.

<sup>20</sup> “Mais il n'est pas responsable si, au cours d'une opération, il aperçoit la nécessité d'une autre et qu'il la fasse. Il n'a pas a obtenir de consentement. Il s'agit d'un état de nécessité. *Ibid.*, p. 187.

<sup>21</sup> “Ceci se rattache à l'idée de solidarité entre contratants. Le professionnel doit renseigner le non-professionnel. De façon générale, le médecin peut invoquer l'urgence pour être irresponsable de certains faits: procédés dangereux, etc”. *Ibid.*, p. 187.

apenas constatações pessoais, mas informações alicerçadas em julgados, o que demonstra que, desde o século passado, a França já dispunha de um rico acervo jurisprudencial na área da responsabilidade médica.

## 7.5 A ÉPOCA DE DEMOGUE E A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO NA SUA VISÃO

Se a visão de Demogue – em relação à responsabilidade médica e em relação às obrigações de meio e de resultado – era a que vimos de demonstrar, como entender a sua postura, suas tendências, senão compreendendo sua época e as preocupações que lhe eram prioritárias?

A publicação da volumosa obra do autor sobre a temática das *obrigações* deu-se a partir de 1923, prolongando-se até 1933, conforme já assinalado. Todavia, o seu estudo sobre a dicotômica divisão das obrigações, quanto ao conteúdo, data de uma ou duas décadas anteriores. Assim, em vários autores ela vem assinalada dentro de um espaço temporal intermediário, como sendo de 1920.

Uma viagem mental ao mundo europeu de Demogue, durante as duas primeiras décadas do corrente – e quase exaurido século – faz-se necessária. Qual era o centro das atenções naquele momento histórico? Para onde estavam voltadas as preocupações daqueles que tinham seu pensar e seu foco de trabalho na seara jurídica? Quais tipos de problemas demandavam soluções mais prementes nos idos de 1900, 1910, 1920...?

As respostas podem ser facilmente encontradas em qualquer boa obra enciclopédica, onde se verá que a grande vedete do momento era a nascente indústria automobilística, cuja produção além de aumentar imprevista e

sensivelmente o número dos veículos a trafegar nas vias, ainda lhes conferia a possibilidade de atingir uma velocidade cada vez maior.<sup>22</sup>

Se o convívio com uma pluralidade sem-fim de marcas de automóveis, cada vez mais velozes e competitivos, é para nós hoje algo costumeiro – a ponto de termos dificuldade de imaginar um mundo sem automóveis –, pensemos, então como eram as ruas e estradas daquele tempo, já que projetadas para carruagens, carroças, cavalos, bicicletas (estas últimas já trafegavam desde 1839) e pedestres. Como era a sinalização, se é que havia? Como se resolviam os pequenos, médios e grandes problemas advindos com o surgimento de máquina tão espetacular?

---

22 A história do automóvel nos conta que os primeiros trabalhos visando criar este tipo de veículo datam do século XVIII, ocorrendo, simultaneamente, por obra de pessoas diferentes, em países diferentes. Em 1769, o francês Nicolas CUGNOT criou um protótipo a vapor, destinado a arrastar canhões. Como conseguia atingir apenas a velocidade de 4 km/h, passou-se, no século XIX, a trabalhar mais em projetos de motores à combustão interna, sendo o modelo do também francês Etienne LENOIR, o mais importante. Em 1876, os alemães N.A. OTTO e Eugen LANGEN, aplicando o princípio do ciclo de quatro tempos, venderam 35.000 motores deste tipo para fabriquetas instaladas em vários lugares do mundo. Em 1885, o alemão Karl BENZ colocou pela primeira vez na estrada um veículo equipado com motor de combustão interna que oferecia razoável segurança. Por tal razão, alguns o consideram como o “pai do automóvel”. Contudo, foi só no ano seguinte, 1886, que o também alemão Gottlieb DAIMLER patenteou um modelo de combustão interna de alta rotação, por intermédio do qual o automóvel passou a se mostrar como uma máquina realmente viável. Em 1893, os irmãos Charles e Frank DURYEA, dos EUA, construíram uma carruagem com motor a gasolina de 4 c.v., que atingia a velocidade de 15 km/h. Em 1894, Levassor KREBS revolucionou o desenho do automóvel projetando o Panhard, um carro vertical que, entre outras coisas, apresentava transmissão comum por meio de engrenagens deslizantes operadas por alavanca na mão direita, e embreagem, freio e acelerador acionados por pedais. Por essa época, já havia quase uma centena de fabricantes de carro só nos EUA, todavia aquele “era considerado um brinquedo caro e sem qualquer finalidade prática”. Foi quando um mecânico agrícola de Michigan, Henry FORD, teve a visão do automóvel como um meio de transporte barato, útil e prático, cujo uso pudesse se generalizar. Seu primeiro carro de sucesso foi construído em 1896 e em 1908 lançou o famoso universal modelo T, de quatro cilindros. Ao deixar de ser fabricado, em 1927 haviam sido entregues 15 milhões de unidades, comprovando o acerto de suas previsões. A idéia da produção em massa, rapidamente atingiu a Europa, em especial por intermédio de William MORRIS (Inglaterra) e André Gustave CITROËN (França). A partir daí, a indústria só cresceu, como é fácil concluir. Nos EUA e na Europa, a trajetória da indústria automobilística desenvolveu-se mais ou menos assim: os irmãos STUDEBAKER, fabricantes de carruagens, passaram a produzir automóveis em 1902; David Dunbar BUICK fabricou seu primeiro carro em 1903 (que daria origem, em 1908, à General Motors, sendo que nos anos seguintes a empresa anexou as marcas Cadillac, Oldsmobile, Oakland e Chevrolet, esta última criada em 1911 por Louis CHEVROLET). John e Horac DODGE, fabricantes de bicicletas, fundaram a Dodge Motor Company, em 1916. Na Europa, além dos pioneiros já citados (Morris e Citroën) havia Louis RENAULT na França, a Fabbrica Italiana de Automobili Torino (FIAT) na Itália e Carl BENZ e Gottlieb DAIMLER, na Alemanha, que em 1926 se reuniram sob a marca Daimler-Benz AG. “De um enorme número de fabricantes existentes nas duas primeiras décadas do século, poucos sobreviveram à crise de 1929: os grandes fabricantes reorganizaram-se e diversificaram a produção, absorvendo ou provocando o desaparecimento dos pequenos. Essa tendência continuou mesmo após a II Guerra Mundial”. Cf. *Enciclopédia Barsa*. Rio de Janeiro/São Paulo: Enciclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda. 1987, v. 3, p. 314-19, 330.

Por óbvio que a seara jurídica daquele novo mundo foi violentamente balançada e pressionada a regulamentar toda a ampla gama de lides que teve seu nascedouro no advento da nova máquina. E é aí que entram Demogue e a “sua” obrigação de resultado: ele vai concluir que tal categoria se presta admiravelmente bem para caracterizar aquele *novo tipo* de prestação obrigacional representado pelo trabalho do transportador de pessoas, coisas e mercadorias.

Entendeu o jurista francês que transportar aqueles elementos se constituiria em uma prestação com resultado predeterminado, na qual só interessava o adimplemento final e acabado, em acordância total com o que fora avençado previamente. Aquelas áreas são consideradas como ausentes de fator álea e, em caso de dano, só se isenta o devedor mediante prova de ocorrência de caso fortuito ou força maior (ou ainda, por exclusiva culpa da vítima).

E no ramo dos transportes não há lugar para subjetividade: se um passageiro embarca em determinado local para se dirigir a outro, ele deverá chegar lá são e salvo.

Quando uma determinada mercadoria é enviada, ela deve chegar ao seu destinatário íntegra e em tempo hábil.

Qualquer irregularidade ou intercorrência havida entre o avençado e o resultado final certo e predeterminado será de inteira responsabilidade do transportador, só se eximindo mediante um caso fortuito ou força maior, ou ainda, pela direta participação do credor no resultado nefasto, diferente do avençado.

## 7.6 A RACIONALIZAÇÃO E O ELEMENTO ÁLEA

Se a racionalização, conforme mencionado anteriormente é, entre outras coisas, a adequação dos meios eficientes para alcançar determinados fins, então pode-se concluir que Demogue foi extremamente racional quando se utilizou do *elemento álea* para diferenciar uma obrigação de cunho predeterminado, distinta daquela cujo resultado não poderia ser previsível.

No seu entender, cabia ao transportador de pessoas, coisas e mercadorias recebê-las e entregá-las sãs, salvas e íntegras, no lugar previamente avençado, só se eximindo de responsabilidade por conta de elementos poderosos, tais quais o caso fortuito, a força maior ou a própria intervenção do interessado.

Quanto à obrigação de meio, destinou-a, racionalmente, a caracterizar o trabalho médico. Este só se obrigaria à obtenção de um resultado predeterminado quando se compromettesse a tanto.

Reportando-nos a Weber, parece ser possível concluir que a excessiva racionalização técnica do direito formal e sua necessidade de colocar tudo em estruturas pré-moldadas e estanques acabaram por inserir a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético em uma fôrma inadequada, o que, além de criar um abismo entre a lógica interna do sistema jurídico e os seus destinatários, ainda favorece a criação de um tipo de injustiça maquiada, vestida e produzida como se *Themis* fosse.

O Direito deve esposar o fato social, e o faz. Todavia, o faz com lentidão. Então, há que questionar se a falta de um termo para caracterizar adequadamente o novo tipo de obrigação surgido com as especialidades da anesthesiologia e da cirurgia plástica estética não teria levado juristas e

juízes a se servirem de uma modalidade de categoria jurídica não adequada de todo, mas que precisa ser usada na falta de outra mais apropriada?

## 7.7 DENÚNCIA

Parece que o tempo tem demonstrado que aquele uso pode se mostrar não só inadequado como, também, vir a favorecer algum tipo de injustiça.

À guisa de demonstrativo prático, pensa-se ser de bom alvitre a apresentação de um caso concreto, como referencial do que se está a dizer. Veja-se, assim, o julgado a seguir e analise-se o caso ao qual ele se refere:

CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E NÃO DE MEIOS. O médico que se propõe a realizar melhoria estética da paciente, mediante cirurgia plástica do abdômen, se obriga a produzir resultado favorável à contratante e não danos. Desvantagem estética e cicatriz hipertrófica, serosidade e hematoma resultantes da cirurgia, no caso, devem ter indenização devida. [...].<sup>23</sup>

O fato que deu origem à celeuma: uma paciente obesa (43 anos e 88 quilos), apresentando abdômen em avental, com dobras sobre o monte de Vênus e mais hérnia umbelical, submeteu-se à cirurgia de abdominoplastia.

Devido, provavelmente, ao meio onde se desenvolveu o procedimento cirúrgico, ocorreu hematoma, seroma<sup>24</sup> e abscesso na cicatriz, deixando-a com “aparência feia após a cirurgia”, conforme relato do corpo do acórdão.

Interessante frisar que tanto o laudo do perito, quanto o do assistente da própria autora, foram unânimes em afirmar que tal intercorrência não se deu por negligência ou por imprudência da paciente, nos seus cuidados durante o pós-

<sup>23</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Ap. civ. 6.348/92. 4 CC. Rel. Des. Décio Xavier Gama. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. J. 25.03.93. Cópia de doc. original.

<sup>24</sup> “Seroma: líquido segregado e contido nas cavidades serosas. Líquido semelhante ao soro. Serosa: membrana cuja forma lembra um saco e que segrega serosidade em sua face interna, facilitando o deslizamento de órgão contidos em seu interior”. *Dicionário Aurélio Eletrônico*. E, ainda: “Serosa: membrana de tecido conjuntivo que reveste alguns órgãos e é provida de vasos sanguíneos e linfáticos”. BUENO, Francisco da Silveira *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 11. ed., 10ª tir. Rio de Janeiro: FAE, 1986.

operatório, bem como não ficou evidenciada prova alguma de ocorrência de erro médico, ou mesmo negligência por parte do profissional. (!)

É importante lembrar que a Medicina ainda não tem explicação científica convincente e esclarecedora para a formação de quelóides ou de cicatrizes hipertróficas (ambas são cicatriz em cordão)<sup>25</sup>. Sabe-se apenas que este tipo de cicatrização anormal e antiestética tem relação com a carga genética das pessoas da raça negra e amarela, ocorrendo também nos mulatos e morenos. E o interessante é que tal fenômeno pode ocorrer ou não, portanto não é um dado absoluto. E, assim sendo, o médico não tem como prevê-lo.

Voltando ao fato relatado: por ter sido a intervenção efetuada por cirurgião plástico, e por entenderem os julgadores estar ela inserida na área estética – portanto em uma obrigação de resultado –, foi o bastante e suficiente para que o médico operador fosse considerado culpado e condenado a ressarcir o equivalente a nova cirurgia para correção da cicatriz hipertrófica remanescente (o que, diga-se de passagem, é o mínimo se comparado a todos os dissabores e prejuízos financeiros e morais que vêm atrelados a um processo judicial).<sup>26</sup>

Os compêndios de Medicina, por sua vez, ensinam e alertam para o tipo de ocorrência como aquela apresentada pela paciente do caso em comento, ou

<sup>25</sup> “As cicatrizes hipertróficas se caracterizam pela elevação e espessura, ficando nos limites do ferimento inicial e freqüentemente regridem espontaneamente. Por sua vez, o quelóide é uma cicatriz espessa e elevada, que ultrapassa os limites do ferimento inicial e raramente regride (Peacock e cols., 1970). Ambos apresentam abundante depósito de colágeno, quer por aumento de sua síntese, quer por redução de sua degradação ou pelos dois mecanismos”. CORRÊA NETTO, Alípio. *Clínica Cirúrgica*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Sarvier, 1988, p. 148-9.

<sup>26</sup> Em obra recente, lê-se o seguinte comentário ao caso do acórdão citado: “A tal ponto chega a injustiça de classificar como inserida em uma obrigação de resultado determinadas searas da área médica, que favorece situações nas quais o médico passa a ser considerado culpado por um resultado que só se deveu ao DNA da paciente. Não houve deformidade, não houve interferência na vida laborativa da paciente; pelo contrário: ela deve ter se sentido muito melhor depois de livrar-se de uma tal carga adiposa. Todavia, um médico foi processado porque uma cicatriz se formou de maneira irregular, sem que ninguém concluísse – nem da parte contrária – que o médico tivesse exercitado sua arte com imperícia, imprudência ou negligência. Quer dizer: não houve culpa, não houve erro; contudo, uma vez mais, por conta de um conceito usado erroneamente, alguém foi considerado culpado... **Caracterização:** Culpa não configurada. Processo de cicatrização comprometido. **Condenação** advinda de uso errôneo e inadequado de conceito jurídico”. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 173.

seja, a pessoa obesa está incluída no risco dos seromas, das necroses e das cicatrizes hipertróficas<sup>27</sup>, sem que isto venha, necessariamente, a se caracterizar como erro médico. Depende da resposta do organismo, e, esta, é diferente para cada caso. Todavia, em nome de uma obrigação de resultado, até o que a ciência preceitua parece perder o valor.

De aparência simples, as plásticas de abdômen são, no nosso entender, as que maior frequência de complicações apresentam. Ao lado de resultados estéticos desagradáveis, as mais comuns são os seromas (de grande ou pequeno volume); as deiscências e as necroses cutâneas (de marginais a grandes perdas); infecções; cicatrizes hipertróficas e queiloideanas.<sup>28</sup>

Portanto, o quadro apresentado pela paciente está inserido dentro das possibilidades consideradas como possíveis, na dependência da resposta orgânica de cada indivíduo.

Foi dito que a paciente apresentou formação de seroma, que é normalmente encontrada no pós-cirúrgico de pessoas obesas, já que uma grande extensão de pele é removida nestes casos.

Segundo os entendidos da área médica, “seromas desenvolvem-se nas áreas onde existe espaço morto significativo, como após ressecção abdominoperineal ou mastectomia total. Essas coleções evitam a aproximação adequada do tecido ou podem tornar-se secundariamente infectadas”.<sup>29</sup>

Ou seja, todo o acontecido com a paciente já estava cientificamente previsto, independentemente de haver ou não constatação de “erro médico”. Contudo, como é possível concluir, em nome de uma obrigação de resultado, o

---

<sup>28</sup> AVELAR, Juarez M. **Ensino da cirurgia plástica nas Faculdades de Medicina**. São Paulo: Hipócrates, 1994, p. 172.

<sup>29</sup> HIYAMA, Darryl. T. e ZIMMER, Michael J. Complicações cirúrgicas. *In* SCHATZ, SHIRES & SPENCER. **Princípios da Cirurgia**. Rio de Janeiro: Interamericana Mc Graw-Hill. v. 1, p. 411-12.



cientificamente previsto como possível de acontecer transforma-se em culpa de um profissional, culpa esta, passível de ressarcimento indenizatório.

## 8. POSTURA CRÍTICA EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

### 8.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Parece ser chegado o momento de afirmar o que já deve ter ficado implicitamente claro nas linhas e nas entrelinhas do presente trabalho, ou seja, expor que nossa postura crítica mais contundente diz respeito ao fato de a obrigação de resultado ser utilizada para caracterizar as prestações obrigacionais em searas onde impera o fator álea, qual seja, o organismo humano.

Contudo, outras incongruências podem ser apontadas no uso que se faz de ambas as categorias de obrigação, o que pode levar a crer que a dicotomia – se não está superada –, pelo menos tem seu uso inadequado em determinadas áreas. Parece, no entanto, ser mais lógico reconhecer que a validade de ambas as categorias permanece, ao menos, para a caracterização de outras prestações obrigacionais.

### 8.2 EVOLUÇÃO JURÍDICA DA DICOTOMIA: ELIMINAÇÃO OU AMPLIAÇÃO

A responsabilidade que hoje se apresenta dividida em objetiva e subjetiva pode, no futuro, sofrer modificações pois, segundo Lobato Gomes,<sup>1</sup> a evolução jurídica tende à eliminação de um destes dois tipos de

---

<sup>1</sup> ESPANHA. *Ministerio de Justicia*. Lobato Gomes, p. 665.

responsabilidade. Então, segundo ele, a distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado estaria fadada a desaparecer.

Conquanto todo o mérito da opinião do renomado civilista espanhol, entendemos que antes de eliminar um tipo de obrigação, melhor seria adicionar nuances a um dos dois tipos já existentes, para que pudesse melhor se adequar às necessidades de um Direito sempre cambiante.

Ainda sobre a distinção de Demogue, autores há que a criticam,<sup>2</sup> com base na argumentação de que todas as obrigações apontam para a obtenção de um determinado resultado, o que parece ser óbvio.

No campo médico, entende-se que este profissional não está obrigado a curar seu paciente, mas a obter, para ele, o melhor resultado possível. Ou seja, está alijado a uma obrigação de meio. Nesta, só os elementos da culpa, imperícia, imprudência e negligência podem não criar responsabilidade se não adveio – por intermédio de nenhum deles – um mau resultado para o paciente. O que se quer dizer é que de uma conduta diligente pode advir um mau resultado, bem como não haver consequência negativa de uma conduta negligente, imperita ou imprudente.

Outros autores vão mais longe, a ponto de entenderem que as relações obrigatórias são todas de resultado.<sup>3</sup> Por tal razão se diz que seria utópico isolar o resultado esperado, dos meios que conduzem àquele, já que assumir uma obrigação, independente de sua natureza, terá como meta, sempre, a obtenção de um resultado previsto pelas partes.

---

<sup>2</sup> ESMEIN, Paul. *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la delictuelle*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1933, p. 627. PLANCQUELL, A. *Obligations de moyens, obligations de résultat*, p. 334; GIORGINAI, M. *Novissimo Digesto italiano*. v. XI. Torino, 1965, p. 581.

<sup>3</sup> “Não existem duas classes de obrigações. Só há obrigações de resultado. O que se propõe chamar de obrigação de meio são apenas obrigações nas quais o resultado se delineou de maneira estreita, fragmentária e parcial, sendo sempre alusivas a um fim mais amplo”. MARTON, G. *Obligations de moyens et obligations de résultat*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, p. 517-18. VIGNY, Paul. *Responsabilité contractuelle et force majeure*. *Revue Trimestrielle*, 1935, p. 42.

Em todo o contrato o devedor está comprometido – através de meios idôneos – à obtenção de um resultado que satisfaça o credor.

Assim é, também, na relação contratual médico-paciente inserida em uma prestação obrigacional assente em uma obrigação de meio: o resultado buscado por ambos os elementos da relação é a cura, ou melhora do estado patológico do doente, o que, por óbvio, é a busca de um resultado.

Concludentemente, se o tratamento clínico ou cirúrgico propiciou o resultado procurado, não serão perquiridos os meios empregados pelo médico. Presumem-se terem sido aqueles tidos como normais, aceitos e indicados pela Medicina, tendentes a alcançar o fim desejado.<sup>4</sup>

Outra linha de autores, em uma perspectiva contrária, mas de alguma maneira similar (ainda que pareça uma incongruência), defende que todas as obrigações poderiam ser consideradas como sendo de meio, inclusive aquelas destinadas a produzir um determinado resultado (como nas obrigações de dar).

Lobato Gomes, por sua vez, entende que, nesse caso, o resultado previsto não poderá ser alcançado, se o devedor não atuar com uma determinada conduta, servindo-se de meios humanos e técnicos necessários a produzir o resultado que o credor espera.<sup>5</sup>

Por essa corrente, toda obrigação contratual tem por objeto a conduta do devedor e a sua diligência, o que permite qualificá-la como uma obrigação de meio.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> FROSSARD, J. *La distinctions des obligations de moyen et des obligations de résultat*. Paris: Dalloz, 1976. p. 76. Le TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 3. éd. Paris: Dalloz, 1982, p. 405. TOLSADA, Yzquierdo Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 259.

<sup>5</sup> ESPANHA, Lobato Gomes, p. 667.

<sup>6</sup> Note-se que em uma obrigação de resultado não são levadas em conta a conduta e a diligência do devedor, sendo esta uma das características marcantes que a diferencia da obrigação de resultado.

### 8.3 PRESTAÇÕES OBRIGACIONAIS DIFERENTES QUE SE JUSTAPÕEM

Outro argumento poderia ser adicionado ao anterior, indicando que um mesmo contrato pode conter – simultaneamente – uma obrigação de meio e uma obrigação de resultado.

Reportando-nos ao campo médico, vê-se que normalmente ele está sujeito a uma obrigação de meio, todavia, pode estar sujeito a uma obrigação de resultado, em diversas situações diferentes:

- a) no caso em que ele assume pessoalmente um determinado resultado frente a seu cliente;
- b) em relação aos aparelhos que usa, pelos quais é responsável, conforme será analisado em Fato das Coisas.<sup>7</sup>

Ou seja, a presença de obrigação diferente em um mesmo contrato não é um obstáculo à distinção, conforme explica Le Tourneau<sup>8</sup>. Há, como que, uma sucessão no tempo, de obrigações diferentes ou uma justaposição de obrigações diferentes para prestações diferentes. O que é lógico.

Por outro lado, não se pode negar que a concreta execução de qualquer obrigação, inclusive a de resultado, comporta uma atividade e demanda sempre uma certa diligência do devedor.

A problemática maior se impõe no tocante às obrigações de resultado, uma vez que este – sendo o objeto direto da obrigação – leva a presumir que, ao

---

<sup>7</sup> Outras situações semelhantes: o transportador tem obrigação de resultado por seu transportado, até que o viajante, por sua livre e espontânea vontade, abandone o meio de transporte antes do final da viagem. O advogado se compromete a prestar seus serviços com diligência, mas sem se comprometer a um resultado determinado; todavia, está sujeito a uma obrigação de resultado, no que se refere a realizar determinados atos processuais dentro de prazos que só ele conhece, bem como tem conhecimento dos resultados nefastos de uma negligência frente àqueles prazos.

<sup>8</sup> Le TOURNEAU, p. 406.

não alcançá-lo, a diligência utilizada para aquela obtenção não teve a eficácia necessária, ou não se serviu dela o devedor na medida exigida.

Fora daí, conforme já foi mencionado, um contrato tem sempre como meta a produção de um determinado resultado, ainda que Lobato Gomes entenda que este contrato não impeça que o resultado possa ser excluído do objeto da obrigação.<sup>9</sup>

O que equivale dizer que não se deve confundir aqueles contratos, nos quais a prestação consiste propriamente em um resultado certo e determinado, com aqueles por meios dos quais as partes esperam, como resultado, um fim prático do cumprimento da obrigação, ou seja, um resultado material derivado de um comportamento diligente do devedor, que pode produzir-se, ou não, de forma aleatória.

Nesse último tipo percebe-se que é a própria diligência do devedor (ou a sua atividade, no caso do médico) que se faz objeto da obrigação, permanecendo fora do contrato o resultado ou o fim buscado pelas partes. Pede-se, apenas, que o devedor atue diligentemente, cumprindo, assim, sua obrigação, independente da obtenção, ou não, do resultado pretendido. (Obrigação de meio.)

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, tem-se insistido, à exaustão, sobre a discordância de um enquadramento rígido e genérico de uma moldura para uma prestação obrigacional que se desenvolve em uma área, que pode oferecer múltiplas respostas, em face de um mesmo procedimento, ou seja, ao uso costumeiro no Brasil de considerar como sendo de resultado a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético (e também do anestesiológico, ainda que não por unanimidade).

---

<sup>9</sup> ESPANHA. Lobato Gomes, p. 668.

Conforme visto, em capítulo precedente, todas os contratos envolvem obrigações e todas elas guardam em si a expectativa de um resultado, resultado este que pode ter sido atingido servindo-se de vários meios, podendo ter, cada meio, um resultado específico como meta. O resultado final, geralmente, é o somatório daqueles meios utilizados para chegar aos vários resultados intermediários.

Todavia, uma outra crítica pode ainda ser endereçada à distinção das obrigações de meio e de resultado: a de ser empobrecedora da realidade, já que na vida jurídica real nos deparamos com obrigações de conteúdo infinitamente variado. Além do que, as duas categorias que se pretendem sejam opostas (mas que não o são) não são também homogêneas, constituindo-se em uma classificação arbitrária, se comparada com a variedade infinita que pode derivar – como consequência lógica – do exercício do princípio da autonomia da vontade no âmbito contratual.

O que fica evidente, por simples raciocínio lógico, é que as obrigações não podem ser enquadradas em qualquer uma destas categorias contrapostas, a não ser que se lance mão de alguns adendos que possam corrigir a inadequação causada pela generalidade de apenas duas categorias, que nem opostas são entre si.<sup>10</sup>

Este fato se explica – não só pela dificuldade de encaixe em uma forma rígida de uma obrigação, que pode ser variável –, como pela existência de ulteriores subcategorias em cada uma delas.

---

<sup>10</sup> Preocupado por esta divisão tão rígida e ao mesmo tempo tão sumária, ESMEIN propôs uma divisão quadripartida, na qual distinguia: 1) o caso em que o credor não satisfeito não obtém lucro a não ser provando a falta do devedor; 2) o caso no qual o devedor, presumidamente culpado, se desincumbe pela prova da ausência de culpa; 3) o caso do devedor que não se desonera a não ser por prova de causa estranha; 4) o caso em que o devedor não se exonera nem provando causa estranha. ESMEIN, Paul. *L'obligation et la responsabilité contractuelle. Études Ripert*. Dalloz: Paris, 1950. t. II, p. 110.

#### 8.4 POSSIBILIDADE DE GRADAÇÕES NAS OBRIGAÇÕES

Pode-se então concluir que é possível prever a possibilidade da existência de graus, tanto em uma obrigação de meio, quanto em uma obrigação de resultado. Senão, veja-se:

Em uma obrigação de meio, por exemplo, é necessário fazer uma análise concreta de cada situação, devido à variedade que seu conteúdo pode apresentar.

No caso do médico, frente a uma prestação obrigacional inserida em uma obrigação de meio, será mister – em caso da ocorrência de dano para o paciente –, uma indagação efetiva dos meios que ele dispunha à mão, no momento da ocorrência do fato, e da maneira como ele administrou estes meios. Ato contínuo, compara-se a sua conduta àquela que tomaria um de seus pares, em idêntica situação.

Por seu lado, nas obrigações de resultado, informa Stark<sup>11</sup> que é possível detectar duas categorias fundamentais, a saber:

- a) *obrigação de resultado ordinária*, que cessa em presença de caso fortuito;
- b) *obrigação de resultado absoluta*, pela qual o devedor estará obrigado mesmo frente a caso fortuito ou força maior. Como exemplo: as obrigações que têm por objeto o pagamento de uma soma em dinheiro ou a entrega de coisas fungíveis.

---

<sup>11</sup> STARK, Boris. *Droit Civil. Obligations*, Paris: Litec, 1995, p. 341.



#### 8.4.1 Limitação da Dicotomia: Crítica e Sugestões

Tais críticas, além de conterem uma verdade que pode ser detectada por qualquer observador atento e/ou crítico, ainda vêm expor as limitações de uma dicotomia que se revela – se não superada, pelo menos inadequada – quando analisada sob uma óptica mais rígida; todavia, como é fácil concluir, seu alcance prático poderá se ampliar se alguns matizes lhe forem adicionados ou inseridos, conforme também já mencionado.

Assim, é possível, agora, complementar que se divergimos veementemente do fato de se considerar como sendo de resultado a prestação obrigacional do cirurgião plástico, dito estético, todavia, entendemos que a obrigação de meio, na sua simplicidade, não abrange a complexidade que aquela prestação obrigacional encerra.

Há que seus limites sejam elásticos e matizes novos sejam introduzidos nesta mesma obrigação de meio. Entende-se que, só assim, a lacuna existente de um termo mais apropriado para caracterizar tal prestação obrigacional poderá ser preenchida de forma mais adequada e satisfatória.

Se a distinção de Demogue foi tão bem aceita em sua época (com apenas algumas exceções), entende-se ser importante, também, que uma discussão sobre ela se mantenha viva, para que continue atuante, porém, com as adaptações que a dinâmica dos fatos exige, especialmente no que diz respeito ao seu âmbito de aplicação e à sua relevância na teoria e na prática.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> As críticas mais acirradas à divisão de Demogue foram veiculadas em obras publicadas nas décadas seguintes ao “lançamento” da sua dicotômica divisão. A própria França, mesmo adotando-a amplamente, teve sua “população jurídica” dividida de alguma maneira, indo desde a crítica mais acirrada ao elogio mais eloquente. Contudo sua utilidade prática jamais pode ser negada e, segundo Lobato Gomes, ela converteu-se em “un

Sabe-se que a seu tempo, e paulatinamente, a distinção de Demogue ganhou terreno nos ordenamentos europeus, à exceção da Alemanha, que não aceitou a divisão, nem os fundamentos que lhe serviram de base. Em contrapartida, a Suíça, Bélgica, Portugal, Espanha, Itália e Canadá difundiram a dicotomia, alguns, dentre eles, acompanhados de reticências, outros de posturas críticas e outros, ainda, de um obstinado silêncio.<sup>13</sup>

O Brasil também a aceitou, de braços abertos e, ao que tudo indica, sem reticências e sem postura crítica (à exceção, talvez da presente Tese e de nossa Dissertação de Mestrado)!

#### 8.4.2 Questionamento: o Âmbito de Aplicação das Obrigações de Meio e de Resultado

O centro de debates sobre a distinção das obrigações entre obrigação de meio e obrigação de resultado, de há muito deixou de versar sobre a conveniência ou não de admitir tal classificação, estando hoje assente sobre *qual* é sua verdadeira relevância.

Em que pese o fato que a classificação permite observar a prestação do ponto de vista da atividade do devedor e/ou da satisfação do interesse do credor, tal fato não compromete, nem altera, o conceito unitário de obrigação.

---

*instrumento ductil y flexible en manos de los Tribunales que permite aplicar a la diversidad de situaciones de hecho que se producen en el tráfico de regímenes jurídicos diferenciados". Op. cit. p, 672-73.*

<sup>13</sup> Na Itália, a respeito do tema, destaca-se a obra de MENGONI, amplamente citada neste trabalho, tratando-se de um estudo crítico sobre os dois tipos de obrigação, datando do, já longínquo, ano de 1954.

Lobato Gomes<sup>14</sup> explica que não há, portanto, diferenças de caráter ontológico entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado. As diferenças radicam na área específica e não na área genérica, já que, em ambos os tipos de obrigação se encontra a mesma estrutura institucional: uma dívida e uma responsabilidade.

O ponto mais conflitivo, comenta aquele autor, bem como o assunto mais debatido (ao menos nos países europeus), refere-se ao fato de determinar se a teoria das obrigações de meio e de resultado pode ser aplicada a todo tipo de obrigações (um tipo de preocupação que parece não transitar em nosso país...).

## 8.5 CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Frente à importância que deriva do fato de uma prestação obrigacional estar inserida em uma obrigação de meio ou em uma obrigação de resultado é necessário delimitar – em face de uma responsabilidade por inexecução da prestação –, em qual das categorias se encontraria a obrigação presumidamente não adimplida.

Todavia é possível concluir que devido à exigüidade de disposições legais, o alcance das obrigações contratuais não tem seus contornos devidamente precisados. Mesmo quando lei específica regula este alcance, não fica excluída a possibilidade de as partes poderem modificar, por pacto expresse, o conteúdo de uma obrigação, frente ao princípio da autonomia da vontade.

---

<sup>14</sup> ESPANHA. Lobato Gomes, p. 697.

Lobato Gomes informa que, por tal razão, a doutrina – especialmente a francesa –, tem proposto pautas ou diretrizes que podem servir ao Tribunais para análise de cada caso concreto, ora privilegiando uma das categorias até o ponto de convertê-la em regra geral, ora buscando um critério global que permita distinguir ambos os tipos de obrigação.<sup>15</sup>

O primeiro caminho poderia conduzir a configurar as obrigações de resultado como pressuposto geral, considerando como exceção as de meio, estabelecidas pela lei ou pelo contrato.

Isto por responderem melhor à expectativa do credor que, geralmente, espera um resultado preciso da prestação. Tal opção é, porém, inaceitável, já que não só carece de base válida, como entende-se que a generalidade diz respeito às obrigações de meio, não podendo estas, portanto, serem consideradas como excepcionais.<sup>16</sup>

O segundo caminho mais fecundo, e pelo qual tem transitado boa parte da doutrina, conforme informação de Lobato Gomes, apesar das dificuldades que encerra, tem centrado seu interesse na busca de um critério global baseado na análise da *posição das partes* e, especialmente, no *conteúdo das obrigações*.

Emenda o citado autor que, conquanto não se tenha ainda chegado a um consenso amplo a favor da utilização exclusiva de nenhum dos pressupostos, estes têm servido para facilitar o trabalho dos Tribunais na determinação da natureza ou do caráter de cada obrigação, ao mesmo tempo em que contribui decisivamente no trabalho de interpretação e de sistematização das soluções jurisprudenciais.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibid. idem*, p. 698.

<sup>16</sup> *Loc. et op. cit.*

<sup>17</sup> *Ibid. id.*, p. 698.

Por tal razão, conclui ele, o caminho marcado pela jurisprudência francesa que – sobre um pragmatismo extremo leva em conta uma série de elementos aplicáveis (interpretação da vontade das partes, exame do objeto da prestação e equidade) – pode, perfeitamente, servir de pauta e de orientação ao intérprete, para determinar em um caso concreto, frente a qual tipo de obrigação se está.<sup>18</sup>

## 8.6 ELEMENTOS DE DISTINÇÃO

Embora o assunto no qual entraremos a seguir já tenha sido tratado em nossa Dissertação de Mestrado, mister se faz uma reavaliação do mesmo, até porque entendemos que nestes poucos anos que transcorreram da abordagem deste tópico, o mesmo cresceu em importância e servirá, uma vez mais, como caminho para determinar se uma obrigação é de meio ou de resultado.

Os elementos de distinção que podem propiciar a caracterização do tipo de uma obrigação, se de meio ou se de resultado, vêm de dados tais quais a vontade das partes, a natureza da obrigação envolvidas, o fator álea, a co-participação do interessado e a noção de equidade.

### 8.6.1 A Análise da Vontade das Partes

Em um sistema jurídico em que a autonomia da vontade é princípio, não há como ignorar que a vontade dos contratantes é a primeira questão que deve ser levada em conta, no que diz respeito a determinar se a prestação é de meio ou de resultado.

---

<sup>18</sup> *Ibid. id.*, p. 699.

A vontade das partes, porém, nem sempre consta expressamente. Assim, alguns critérios de distinção seriam úteis no sentido de deduzir o elemento volitivo, quando este não se faz presente de maneira expressa. A saber:

- a) grau de confiança outorgado pelo credor ao devedor;
- b) caráter da atividade do devedor;
- c) confiabilidade das técnicas ou dos instrumentos utilizados para realizar a prestação;
- d) natureza dos interesses do credor (que podem se modificar ao longo do cumprimento da obrigação);
- e) finalidade da prestação.

#### 8.6.2 Exame da Natureza das Prestações

Sob o enfoque da natureza de uma prestação, não há como negar que algumas delas se encaixam perfeitamente na categoria de uma obrigação de resultado (conquanto, conforme já frisado, toda relação obrigacional vise a um resultado).

Nesse perfil, inserem-se os casos de pagar uma soma em dinheiro; de entregar coisa determinada, bem assim as obrigações de não fazer e o transporte de pessoas, entre outros.

Contudo, algumas *obrigações de fazer*, que não se constituem em obrigação de resultado por sua natureza, e nem contam com previsões normativas expressas, necessitam de indagação sobre sua natureza para determinação do caráter da obrigação.

Portanto, na falta de uma expressão clara da vontade das partes é necessário servir-se de outros critérios que permitam caracterizar o tipo de obrigação em análise.

Sob este enfoque, lê-se em Lobato Gomes<sup>19</sup>, que a doutrina tem proposto, fundamentalmente, três critérios de caráter objetivo:

- a) o fator álea;
- b) o papel da vítima;
- c) as considerações de equidade.

#### 8.6.2.1 O fator álea

O *fator álea* goza de um grande apreço na doutrina e na jurisprudência francesa, italiana e espanhola, pois é ele quem vai determinar o caráter aleatório, ou não, do resultado esperado na execução de uma prestação.

Infelizmente, entre nós, no Brasil, este elemento é ainda quase ignorado. Uma das raras menções a ele encontra-se em nossa Dissertação de Mestrado e em julgado recente, que também usou da referida Dissertação para embasamento do voto.<sup>20</sup>

A nosso ver deveria ser óbvio que, quando a prestação obrigacional se desenvolvesse em um campo aleatório, sua conceituação deveria situar-se

---

<sup>19</sup> *Ib. id.*, p. 701.

<sup>20</sup> **Cirurgia Embelezadora**. Se o cirurgião efetuou seu trabalho fazendo tudo que estava ao seu alcance e ainda assim o resultado atingido não foi o esperado pelo paciente, não pode disso gerar a presunção de culpa do cirurgião. Inaceitabilidade da tese de que se trata de obrigação de resultado, pois que se trata de obrigação cujo cumprimento se desenvolve em zona aleatória como é o corpo humano. A responsabilização resultaria, então, da verificação de um erro médico e aí esse erro deverá ser demonstrado. Acolhimento dos primeiros embargos infringentes para julgar improcedentes o pedido inicial. Desacolhimento dos segundos embargos infringentes. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ementa. Embargos Infringentes nº 180/98. Wanda Elizabeth Massieri Correa e Arine Maria Daumas Teixeira. Rel. Des. Ruy Athayde Alcântara de Carvalho. **Revista Platiko's**, jul/ago, 1999, p. 10.

dentro da categoria de uma obrigação de meio, já que não seria razoável garantir um resultado em seara onde o fator álea estivesse presente, o que, conseqüentemente, propiciaria algo imprevisível ou, pelo menos, previsível apenas até um determinado ponto.

Por outro lado, quando o resultado considerado tivesse condições de ser normalmente alcançado com os meios dos quais dispõe (ou deveria dispor) o devedor, então, a obrigação seria normalmente de resultado. (Exemplo: a obrigação do transportador de conduzir a coisa a seu destino; a obrigação do vendedor de entregar a coisa vendida).

Dificuldade se impõe, também, no sentido de separar obrigações realmente aleatórias, daquelas que apresentam um risco normal. A álea pode, então, se mostrar como uma noção incerta, dependendo da valorização de determinada estimativa objetiva e da expectativa do credor.

Por tal razão a álea não é, e não pode ser, o único critério para qualificar a natureza das obrigações, ainda que seja para tal, de grande utilidade.

No que diz respeito à atividade médica, porém, entende-se que o fator álea é o maior divisor de águas e o mais claro demonstrativo – não só da diferenciação entre as duas categorias de obrigações –,<sup>21</sup> como da inadequação do uso da obrigação de resultado em searas plenas daquele fator.

#### 8.6.2.2 O papel da vítima

O *papel da vítima* tanto pode ser ativo quanto passivo. Segundo a teoria que preconiza os três elementos citados agora em comento, o papel ativo

---

<sup>21</sup> Para entender o fator álea: “*Se estima, en efecto, que las particularidades de las reacciones de cada paciente a un mismo tratamiento conjuntamente con la evolución peculiar de la enfermedad constitue el alea*”. ESPANHA. Lobato Gomes, p. 703, nrp n° 145.



do credor – ou a aceitação dos riscos – são indícios de uma obrigação de meio, enquanto sua passividade e/ou sua impotência para eximir-se das condições impostas pelo devedor são considerados como sinais de uma obrigação de resultado (exemplo: passageiro de avião, ônibus ou trem).

Sugerindo outra ordem de coisas, e no sentido de superar as deficiências apresentadas pelos critérios mencionados, argumenta-se seguindo a esteira de Lobato Gomes, que a maior ou menor *precisão da prestação prometida* pode servir de diretiva para distinguir os dois tipos de obrigação.

Baseando-se em Frossard, o autor explica que se uma pessoa promete executar uma obrigação determinada, com contornos jurídicos e materiais precisos, então ela estará a suportar uma obrigação de resultado.<sup>22</sup>

Ao contrário, se o devedor, sem garantir um fim predeterminado e certo, reserva-se uma liberdade mais ou menos ampla de ação, a sua prestação obrigacional é indeterminada e está submetida às regras relativas às obrigações de meio.<sup>23</sup>

Essa postura, como se observa, põe em relevo, novamente, a vontade das partes que se manifesta, em especial, por meio de uma maior ou menor *precisão de estipulações contidas no contrato*.

### 8.6.2.3 As considerações de equidade

Frente a este elemento, os fatores que indicariam o perfil de uma obrigação de meio seriam:

---

<sup>22</sup> *Ib. id.*, p. 703.

<sup>23</sup> *Ib. id.*, p. 704.

- a) as dificuldades particulares da atividade que o devedor se compromete a desempenhar em benefício do credor;
- b) o papel ativo do credor na execução da obrigação, que pode ser representado por sua participação ou pelo estado de dependência do devedor em relação ao credor.

Quanto às circunstâncias que favoreceriam a delimitação do perfil de uma obrigação de resultado, ter-se-ia:

- a) o papel passivo do credor;
- b) a constatação de uma situação de inferioridade do credor em relação ao devedor (onde se inserem a confiabilidade das técnicas, bem assim dos instrumentos utilizados pelo devedor para o cumprimento de sua obrigação).

Lobato Gomes conclui que resta patente a inexistência de um critério abstrato e unitário, que seja válido para distinguir com caráter geral estes dois tipos de obrigação. Por tal razão é preciso levar em conta diversos dados relativos à obrigação, que permitam chegar à aplicação de um critério flexível que sirva para determinar, empiricamente, quando se está frente a obrigações de um ou de outro tipo.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> *Ib. id.*, p. 706.

## 9. DA TIPOLOGIA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

### 9.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Desde nossa Dissertação de Mestrado vimos insistindo sobre a lacuna representada pela falta de um termo médio que pudesse caracterizar um tipo de prestação obrigacional que tem como característica não estar situado nem dentro da radicalidade de uma prestação de resultado, nem dentro da simplicidade de uma obrigação de meio.

Demonstrou-se linhas atrás que a preocupação por uma possível não-abrangência de apenas duas categorias de obrigação é motivo de reflexão dividida e compartilhada por juristas de diversos países (exceção feita ao Brasil, onde, até prova em contrário, somos, e nos sentimos, semelhantes àquele que, “solitário, clama no deserto”...).

Entretanto, nada é estático. O movimento permeia a vida – já concluiu Hobbes e, conforme todos sabemos, apenas o tempo é o sábio demonstrativo de que é chegada a hora de uma determinada mudança se efetivar. Hoje, tendo decorridos quatro anos da defesa da referida Dissertação, aquela sensação de “solitário clamor” vem, aos poucos, sendo substituída por um sentimento revigorante, alicerçado na conhecida frase de Victor Hugo – e que serviu de epígrafe para a presente tese: “nada é mais poderoso do que uma idéia cujo tempo chegou”.

E, com otimismo, pressentimos que o tempo de “ouvir falar” – que a prestação obrigacional do cirurgião estético (e às vezes do anesthesiologista) está inserida em uma obrigação de resultado – vai começar a ser visto por um ângulo

mais crítico, mais analítico e de maneira menos radical, entendendo-se agora que as duas categorias, *meio e resultado* – dicotomia se não superada, pelo menos insuficiente – podem e necessitam aceitar matizes e gradações, porque o Direito demanda flexibilidade, enquanto sistema dinâmico, cambiante no tempo, por conta da necessária e adequada acomodação aos fatos sociais.

Lobato Gomes comenta que aceitar a distinção de Demogue não implica, necessariamente, aceitar a existência de duas categorias contrapostas, heterogêneas e estanques.<sup>1</sup> Das críticas feitas àquela classificação das obrigações e da falta de um critério único, preciso e aceito de maneira generalizada que auxilie a distinguir as obrigações de meio, das obrigações de resultado, pode-se deduzir que a aplicação de uma tal distinção deve fazer-se de forma flexível e matizada, o que vem, exatamente ao encontro do pensamento exposto neste trabalho, e já parcialmente desenvolvido em nossa Dissertação de Mestrado.

Temos insistido, veementemente, que se a obrigação de resultado mostra-se extremada e inadequada para caracterizar a prestação obrigacional do cirurgião estético e do anestesiológico, por sua vez, a obrigação de meio é simplista em demasia e pouco abrangente para satisfazer as características daquela prestação obrigacional.

## 9.2 DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO: ANÁLISE

De um modo geral as obrigações de resultado têm como meta a obtenção de um resultado predeterminado e pactuado adremente, o que – se não efetivado – põe o devedor em responsabilidade, salvo que se prove a interferência de caso fortuito ou força maior.

---

<sup>1</sup> *Ib. id.*, p. 706.

Casos há, contudo, em que a obrigação do devedor pode mostrar-se mais restrita, a ponto de que até a própria interferência de caso fortuito não exonerará o devedor de sua obrigação.

De acordo com Stark – e paralelamente a Farjart e Frossard –,<sup>2</sup> pode-se distinguir dentre as obrigações de resultado, conforme já mencionado, pelo menos, duas classes distintas de obrigações: as *ordinárias* e as *absolutas*.

As primeiras – as *ordinárias* – dizem respeito às coisas infungíveis, podendo-se mencionar entre elas a obrigação de entregar a coisa vendida; a obrigação de restituir a coisa guardada ou arrendada; a obrigação dos hoteleiros pelos pertences de seus hóspedes e a dos transportadores frente às coisas e pessoas transportadas.

As segundas – as *absolutas* – beneficiam de tal maneira o credor que nem o caso fortuito, nem a força maior, alterariam a garantia absoluta da qual goza aquele. Nela se inserem as coisas fungíveis, o que se exemplifica com a obrigação de dar coisas genéricas, como o pagamento de dívidas em dinheiro e aqueles casos mencionados em lei e, ainda, aqueles que, em razão do princípio da autonomia da vontade, tenham as partes excluído o caso fortuito e a força maior como causa de exoneração de responsabilidade.

Excetuando-se o tipo “absoluto”, entendemos que mesmo frente a uma obrigação de resultado, o devedor deverá ter a oportunidade e a possibilidade de exonerar-se da responsabilidade por descumprimento da obrigação, uma vez provada sua diligência, até porque vive-se em um mundo, e em um contexto de circunstâncias, que nada pode ser visto de forma absoluta, ou estar-se-á a favorecer a incorrência em erro, ou, o que é pior, em injustiça.

---

<sup>2</sup> FROSSARD, *op. cit.*, p. 83. STARK, *op. cit.*, p. 341. FARJART, G. *Droit privé de l'économie. Théorie des obligations*. Paris: PUF, 1975, p. 37.

Ora, se a própria obrigação de resultado, na sua consecução, encerra a possibilidade de variantes, que dizer, então, da obrigação de meio que, por sua própria natureza, pode dar azo a inúmeros graus, em função da maior ou menor diligência que o devedor pode dedicar à relação de sua prestação obrigacional?

No que diz respeito à perquirição da existência ou não de culpa médica, temos insistido, com freqüência, na importância da análise das circunstâncias que rodeiam o ato médico, pois o cumprimento mais, ou menos, desejável de sua prestação obrigacional estará, por óbvio, ligado não só à natureza da prestação mas, também, a todo um conjunto de elementos que podem vir a interferir no resultado final, quais sejam: tipo de paciente, pessoas em geral, tempo, local, material e equipamento de que dispõe à mão.<sup>3</sup>

Não há como ignorar a diferença de tratamento (não humano, mas profissional), que pode ser auferido pelo paciente que dispõe, não só de um especialista mas, também, de um ambiente hospitalar dentro dos moldes ideais de controle de infecção, com boa manutenção e aparelhagem adequada.

Ou ainda, o atendimento que é possível ser ministrado em um hospital de renome, se comparado àquele de uma modesta clínica de zona rural, independentemente do esforço e da boa vontade que possa existir da parte do profissional que ali labuta.

Mais ainda: há casos cirúrgicos que podem ser pensados e programados – é o que se convencionou chamar de cirurgia eletiva. Outros há, porém, que se incluem nos atendimentos de urgência, onde, e quando, o profissional faz o que pode para salvar a vida do paciente, para minorar-lhe a dor ou eliminar sua patologia, o que, infelizmente, nem sempre consegue.

---

<sup>3</sup> Temos, também, chamado a atenção para o tipo de edifício onde se desenrola o ato médico, por entender que é um elemento que deve ser sopesado. Há hospitais ou clínicas que ainda estão isentos da temida infecção hospitalar ou, pelo menos, apresentam índices baixíssimos daquela.

É por tantas e tais razões que a culpa médica deve ser não só claramente comprovada, como cada caso deve merecer uma análise concreta da situação, das circunstâncias profissionais e dos elementos espaço-temporais em que a prestação se realizou.

Pelo acima exposto, pode-se concluir que as obrigações de meio e de resultado não são e não podem ser vistas como categorias estanques, já que entre elas não existe uma oposição tão radical, que a primeira se encontre em um extremo e a segunda em outro, delimitando nitidamente dois tipos diferenciados de prestações obrigacionais.

Isto, porque, um mesmo contrato pode comportar tanto uma obrigação de meio quanto uma obrigação de resultado; além do que, a mesma obrigação pode se revestir sucessivamente de uma e outra qualificação ou categoria, de acordo com a fase de execução do contrato.

O fato de não haver linha demarcatória rígida entre os dois tipos de obrigação não deve ser esquecido, para que não se desnaturalize sua aplicação prática ou se a use de forma inadequada.

Portanto, a utilização das obrigações de meio e de resultado para caracterizar prestações obrigacionais de maneira estanque e radical (em especial a segunda), pode levar a discrepâncias (e, por que não dizer, até a injustiças) quando do julgamento de presumíveis “erros” médicos.<sup>4</sup>

Do que se conclui que as obrigações de meio e de resultado devem ser utilizadas com cautela e flexibilidade, entendendo-se sempre que tanto uma quanto a outra podem aceitar gradações e matizes, já que nenhuma obrigação é só de meio e nem só de resultado.

---

<sup>4</sup> Um exemplo disso tem-se no Caso Concreto, mencionado em “Denúncia”, no Capítulo 8.

Conforme já mencionado, a obrigação de meio tem um resultado por escopo, ainda que a ele não esteja vinculado o devedor, enquanto a obrigação de resultado serve-se de prestações que caracterizam obrigações de meios para alcançar o fim predeterminado.

A própria pluralidade dos meios intermediários usados em uma prestação obrigacional visa a um resultado em si mesmos.

### 9.3 DA IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE INSATISFAÇÃO E DESCUMPRIMENTO

O fundamento que determina a relevância da distinção entre as obrigações de meio e de resultado baseia-se na análise do objeto ou do conteúdo da obrigação e não no grau de diligência exigível, como se poderia pensar. Segundo Lobato Gomes, esta é uma opinião generalizada.<sup>5</sup>

É, pois, a diferente *natureza da prestação* que permitirá distinguir mais claramente as duas categorias de obrigação, a partir do ponto de vista do devedor que pressupõe um *compromisso* mais, ou menos rigoroso e, também, do ponto de vista do credor que espera uma maior, ou menor, amplitude de consideração e atenção em relação ao motivo que o levou a contratar.<sup>6</sup>

Contudo, tanto o cumprimento como o inadimplemento da satisfação do credor pressupõem *diligência*, assim como podem pressupor a *culpa*. Ou seja, ainda que a conduta diligente do devedor não tenha relevância – no caso de uma inadimplência e em se tratando de obrigação de resultado –, ela terá sua

---

<sup>5</sup> LOBATO GOMES indica os autores que entendem ser a estrutura da obrigação, ou seja, a sua configuração, o nível mais importante daquela: Jordano FRAGA, Moreno QUESADA, Pascual ESTEVILL, Ysquierdo TOLSADA e DI MAJO. *Op. cit.*, p. 713, n.º 184.

<sup>6</sup> Em uma obrigação de meio, o compromisso do devedor não é restrito e se resolve por intermédio de uma conduta diligente. Diz-se, então, que o interesse primário que levou o credor a contratar não está *in obligatione*. Por sua vez, na obrigação de resultado, o compromisso do devedor é restrito e se resolve com a produção de um resultado, o que equivale dizer que o interesse do credor está *in obligatione*. Cf. LOBATO GOMES, p. 714.



importância, porém quando se tratar de descumprimento da prestação ou, ainda, na análise de uma prestação de obrigação de meio.

A presença ou não da culpa na inexecução de uma prestação não pode restar indiferente, mesmo naquelas consideradas de resultado, em especial se examinada frente ao grau de diligência que era exigível no momento da ocorrência do fato inadimplido ou do ato tido como inexecutado.

#### 9.4 DA OBRIGAÇÃO DE MEIO. ANÁLISE

Nas obrigações de meio não é incomum que a determinação do descumprimento de uma prestação venha a ser mais complexa, devido ao grau de indeterminação da própria prestação.

Por tal razão, a análise terá que ser feita *in abstracto*, ou seja, com base na diligência empregada pelo devedor – em função da natureza da obrigação – perquirindo se correspondeu ela às expectativas do credor em relação aos meios que aquele tinha em mãos, ou seja, a tríade *pessoa, tempo, lugar*.

##### 9.4.1 Os Elementos *Pessoa, Tempo e Lugar*

Quando se trabalha com o conceito do *diligens et prudens pater familias*, aqueles três critérios não podem ser esquecidos: a *atividade do devedor* (representada pelo seu próprio desempenho profissional); o *tempo* que ele dispunha para efetivar sua obrigação; bem assim se tal fato se passou no período diurno ou noturno e, por último, o *lugar* onde se passaram os fatos (zona rural, interior, metrópole).

Ter-se-ia a adicionar que, no caso do médico, duas análises ainda há que serem somadas, e que são de notória importância: o *tipo de pessoa* que é o credor, pois não se pode esquecer o fato de ser o paciente um *co-autor* do resultado final, tendo seus direitos e deveres na relação contratual médico-paciente.

Também de relevância é a análise do *tipo de hospital, clínica ou consultório* onde se desenrolou o procedimento *sub judice*.

#### 9.4.2 Análise Comparativa

Destarte, revendo o que foi explanado linhas atrás, pode-se concluir que em uma prestação obrigacional que tem embutida uma obrigação de meio, o compromisso não é restrito e se resolve por via de um comportamento diligente, no sentido de usar de todos os meios para atingir um determinado resultado sem, contudo, obrigatoriamente se vincular a obtê-lo.

Em uma obrigação de resultado, todavia, o devedor está envolvido em um compromisso restrito, o qual só se resolve com a produção de um determinado resultado, que foi pré-avençado.

O não atingimento deste resultado levará a obrigação a ser tida como não adimplida, independente do grau de diligência despendido pelo devedor.

Sabe-se que, no que diz respeito ao campo de exercício profissional do médico, e no caso específico do Brasil, a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético é tida como inserida em uma obrigação de resultado. Bem assim a do anestesiológico, ainda que esta não com o aspecto majoritário daquela.

Ora, partindo-se do princípio que a beleza é um elemento subjetivo; que a expectativa que cada um tem sobre um determinado resultado é algo de foro íntimo e que só a si pertence; que cada organismo reage de maneira diferente, frente a uma mesma técnica cirúrgica ou um mesmo tratamento; que a obrigação de resultado se destina a situações com ausência do *fator álea*; que em uma obrigação de resultado, o elemento *diligência* não tem o menor peso, então, parece ser lúcido discordar do uso de tal caracterização por inadequação e impropriedade, em relação à área na qual se desenvolve uma prestação obrigacional, vez que o corpo humano é a seara do imprevisível e do conjectural.

Outra análise sobre a inadequação: para Carbonnier, a culpa – em uma obrigação de resultado – se presume. Entretanto, deve ser provada nas obrigações de meio.<sup>7</sup> Salienta, todavia, aquele autor, que a presunção de culpa não é irrefragável, já que o devedor poderá se liberar provando que uma causa estranha impediu-lhe o adimplemento prestacional, causa esta que não lhe pode ser imputada. (Ou seja, está a falar de caso fortuito ou de força maior).

Entretanto, conforme discorrido no capítulo sobre presunção, não vislumbramos na prestação obrigacional do médico – mesmo quando inserida (correta ou erroneamente) em uma obrigação de resultado –, a possibilidade da presunção de culpa, mas, sim, da inversão do ônus da prova, caso contrário estar-se-ia a objetivar uma área que é tida unanimemente como estando inserida em uma responsabilidade subjetiva (arts. 159 e 1.545 do CC, e art. 14, § 4º, do Código do Consumidor).

Portanto, se em nosso país a responsabilidade do profissional liberal é avaliada mediante a comprovação de culpa – e não de sua presunção – então, usar do conceito de resultado é tornar objetiva uma responsabilidade consagrada

---

<sup>7</sup> CARBONNIER, J. *Droit Civil. Les obligations*. 20. éd. Paris: PUF, 1996, p. 250.

pelo Código Civil e pelo Código do Consumidor como sendo subjetiva. Do que se conclui ser este um ponto a mais para considerar como inadequado o uso que se faz da titulação da obrigação de resultado.

Conforme mencionado, entende-se ser a culpa presumida a figura adequada no que diz respeito à análise da responsabilidade hospitalar e do médico por seus prepostos, ficando a inversão do ônus da prova para aquelas áreas hoje ainda consideradas como “de resultado”.

Parece ser lógico concluir que uma categoria jurídica não pode ter uma avaliação que lhe é própria por força de dois códigos e – de repente, ao sabor dos ventos, ou sabe-se lá do quê –, tomar outra roupagem, aparecer com outro perfil, o que estaria a configurar uma nítida e clara incongruência.<sup>8</sup>

Mesmo considerando, como Carbonnier, que a presunção de culpa não seja irrefragável, uma vez que o devedor poderá se liberar provando que o incumprimento proveio de causa estranha que não lhe é imputável, ainda assim, parece ser possível concluir como inadequado o uso da obrigação de resultado para caracterizar a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético e do anestesiológico.

---

<sup>8</sup> Conforme comentário referente ao Projeto do Novo Código Civil, contido no Capítulo 6..5.

## 10. A PRESTAÇÃO OBRIGACIONAL NA ÁREA DA ANESTESIOLOGIA

### 10.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O ato anestésico tem sido visto, ainda que não majoritariamente, como uma prestação obrigacional do tipo obrigação de resultado. Conquanto uma minoria pense diferentemente, a cujo grupo nos unimos, entendemos que aquela visão majoritária só poderá ser derrubada por munição manipulada no cadinho das informações técnicas e do embasamento científico.

A corrente jurisprudencial brasileira tem se dividido no sentido de classificar aquela prestação como inserida em uma obrigação de resultado ou em uma obrigação de meio. Mais uma razão para refletir sobre a assertiva de que conceitos controvertidos sobre um mesmo tema são indícios de que o assunto está a demandar uma pesquisa mais aprofundada.

Recentemente o Tribunal de Alçada do Paraná<sup>1</sup> pronunciou-se de forma bastante incisiva sobre o assunto, considerando tal prestação inserida em

---

<sup>1</sup> “Penal – Homicídio culposo – Erro médico – Paciente que entra em óbito na fase preliminar de intervenção cirúrgica – Imputação de negligência por omissão, consistente em não haver o cirurgião, nem o anestesista, determinado a realização de ‘exames de cunho pré-operatório e pré-anestésico na pessoa da vítima’ – Causa de morte definida como ‘Choque irreversível’, portanto não determinada com precisão: absolvição em primeiro grau – Manutenção da sentença. Se a denúncia não especificou, nem a minuciosa instrução judicial logrou esclarecer quais exames e providências o cirurgião e o anestesista, a quem se atribui incursão em conduta profissional negligente, deixaram de determinar ou tomar antes do procedimento anestésico e cirúrgico, de modo a caracterizar-lhes a culpa, e sendo de notória sabença nos meios médicos que a ciência ainda não definiu procedimentos ou exames pré-cirúrgicos para detectar, com absoluta eficiência, a intolerância do paciente a uma droga e decorrente possibilidade deste sofrer algum choque anafilático, irretocável é a sentença monocrática que, firme no artigo 386, VI do Código de Processo Penal, absolveu os acusados da imputação”. PARANÁ.

uma obrigação de meio, já que existem certas situações que independem do zelo e da proficiência com que venha a atuar o profissional, bem como a nenhum médico deverá ser imposto o dom da infalibilidade.

Ao longo de todo este trabalho tem-se insistido – entre outras coisas – sobre a importância de dois elementos básicos na avaliação da culpa médica: a possibilidade do exercício da *previsibilidade* e a análise da *diligência*. Ora, sabe-se bem que existem situações que são previsíveis; outras o são apenas parcialmente previsíveis e, ainda, outras há, que pertencem ao terreno da completa aleatoriedade.

Quando se examina a essência do conceito de uma *obrigação de resultado* e se apreende que nela é o resultado na sua totalidade que importa, e que o elemento diligência não conta, então é que se percebe que pode haver uma inadequação no uso de tal categoria para caracterizar prestação obrigacional que se desenrola em uma área em que tudo é conjectural, em que bem poucas situações há, que podem ser consideradas como totalmente previsíveis.

Mais ainda: no que diz respeito à anestesia, e em se tratando de uma cirurgia de emergência, muitas vezes o paciente encontra-se em estado tal que impossibilita até a feitura da *anamnese* – que é o histórico do cliente – um momento em que dados importantíssimos acerca de sua saúde e de suas respostas orgânicas deveriam ser coletados, mas nem sempre isso se torna viável.

Em situações como essas, mais inadmissível, ainda, seria inserir o anesthesiologista em uma prestação obrigacional de resultado. Não é possível esquecer que o exercício da Medicina, sendo uma arte conjectural, implica

condutas eminentemente circunstanciais e, às vezes, isto pode ocorrer em situações as mais complexas.

Todavia, quando existe uma certa previsibilidade e aquele resultado nefasto previsível – apontado como possível de acontecer dentro de uma certa porcentagem – vem a se concretizar, o dado mais importante a ser sopesado, sem dúvida, será o da *diligência* empregada pelo profissional: qual o seu esforço, qual o empenho efetivado por ele para que aquele resultado negativo – ainda que previsto – não se verificasse.

Porém, quando se conceitua sua ação dentro de uma prestação obrigacional de resultado, esta diligência deixa de ter valor, independentemente de quanto tivesse dela se servido o médico. Ora, só por esse dado, já se evidencia a inadequação daquela conceituação.

## 10.2 AS RELAÇÕES PROFISSIONAIS DO ANESTESIOLOGISTA

Antes de analisar as relações existentes entre o médico e outros profissionais<sup>2</sup> da área da saúde, ou mesmo entre médicos de outras especialidades, mister se faz a citação de dois artigos do Código de Ética Médica, a saber, os de nº 18 e 33.

**Art 18** – “As relações do médico com os demais profissionais em exercício na área da saúde devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e independência profissional de cada um, buscando sempre o interesse e bem estar do paciente”.

---

<sup>2</sup> Em nossa obra denominada *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, analisamos esta problemática sob vários enfoques, dentro dos seguintes subtítulos: A responsabilidade pelo fato de outrem, p. 49; Substituição entre profissionais, p. 49; Relação médico-anestesiologista, p. 51 e Obrigações do anestesiolegista, p. 54-8.

**Art. 33** – “É vedado ao médico assumir responsabilidade por ato que não praticou”.

Em brilhante escrito sobre os aspectos legais da anestesiologia, o escritor médico, Genival Veloso França, aqui já citado – vez que foi um dos precursores no Brasil do tema *responsabilidade médica* – menciona fato histórico que foi vivenciado por muitos daqueles que se embrenharam pelo interior do Brasil, no nobre mister da arte de curar. Assim se expressa ele sobre a anestesia:

Antigamente, era esse ramo da Medicina uma simples atividade acessória do cirurgião, cabendo-lhe não só a escolha do anestésico, senão, ainda, sua aplicação. Aqueles que praticaram a cirurgia há alguns anos não se esquecem deste fato. Para adentrar o reino venerável da cirurgia, inevitavelmente teria de passar pelo suplício dos gases de clorofórmio ou de éter das velhas máscaras de Ombredanne. Desse modo, qualquer um, desde que autorizado pelo cirurgião, passava a improvisado anestesista: o colega recém-chegado, o estudante de férias, as irmãs de caridade, os serventes e até os visitantes leigos.<sup>3</sup>

Esse panorama, sem dúvida, mudou. Com o progresso tecnológico e científico da Medicina e o advento das especialidades, com seu conseqüente afunilamento, a anestesiologia assumiu o lugar que lhe era reservado por direito, “na autonomia e na disposição de uma atividade necessária na prática de muitos

---

<sup>3</sup> FRANÇA, Genival Veloso dc. Aspectos médico-legais em anctesiologia pcdiátrica. *Anestesia em revista*. Publicação da Sociedade Brasileira de Anestesiologia. Rio de Janeiro, ANO XLVIII, nº 1, p. 19-23 jan/fev. 1998.



atos médicos, onde o anestesiológista participa e planifica, opina e contraindica, no mesmo nível de qualquer outro especialista envolvido no caso”.<sup>4</sup>

Contudo, comenta o autor retrocitado, este jugo anterior deixou vincos indelévels e difíceis de serem superados, pois o especialista em anestesiologia tem seu exercício profissional sujeito a situações que vão desde o anonimato de sua função – que é imprescindível –, até determinadas limitações, inclusive no que diz respeito a ter seu salário arbitrado.

A nosso ver, mais grave, ainda, é entender a figura do anestesiológista como sendo subalterna ou dependente da figura do cirurgião, visto sempre como chefe de equipe. Sem dúvida, este último há que ser considerado o líder dos que com ele entram em um ato cirúrgico (instrumentador, auxiliar, corpo de enfermagem), mesmo, porque, a escolha daqueles elementos deve partir dele<sup>5</sup>, contudo, há que excluir daí o anestesiológista, já que é um profissional em pé de igualdade com o cirurgião. Nada mais há que determine esta postura de subalternidade: o cirurgião é um especialista em cirurgia; o anestesiológista é um especialista em anestesia.

Uma exceção que poderia ser considerada, diz respeito ao fato de o cirurgião vir a servir-se – para o ato anestésico – de um profissional, ou mesmo terceiro, não gabaritado para tanto. Ou, ainda, de tratar-se, tão-somente, de um *técnico em anestesia*. Nestas circunstâncias, permanece, por óbvio, a sua responsabilidade como chefe de equipe, mantendo-se a figura da culpa *in eligendo*, em caso de dano ao paciente pelo ato anestésico.

---

<sup>4</sup> FRANÇA. Aspectos médico-legais..., p. 19.

<sup>5</sup> Art. 1º - “A composição da equipe cirúrgica é da responsabilidade direta do cirurgião titular e deve ser composta exclusivamente por profissionais de saúde devidamente qualificados”. Resolução CFM nº 1.490/98 sobre a Responsabilidade da Equipe Cirúrgica.

Veja-se que o anestesiológico é o único integrante da equipe cirúrgica que tem o direito de interferir no trabalho do cirurgião, podendo mesmo propor a interrupção ou até a suspensão da cirurgia, em razão de alguma complicação que possa comprometer a vida do paciente. Esta é mais uma prova do nível de igualdade (e não de dependência) existente entre cirurgião e anestesiológico.

A pensar diferentemente, ter-se-ia, então, que julgar também como subalterno ao cirurgião todos os outros especialistas, dos quais se serviu o paciente até chegar à mesa de cirurgia. Por exemplo: o cardiologista que fez sua avaliação pré-cirúrgica. Também em relação a ele, o cirurgião teria que ser considerado “chefe”, já que aquele especialista participou do atendimento a um mesmo paciente.

Esta postura, a nosso ver, de respeito pela igualdade entre dois profissionais que trilharam o caminho de uma especialidade, ainda que diferentes entre si – portanto com autonomia técnica e científica –, vai facilitar, em muito, a avaliação de uma possível culpa por imperícia, imprudência ou negligência.

Ou seja, um dano advindo para o paciente, por problema surgido durante a cirurgia, deve ser suportado pelo cirurgião. De igual modo, se o dano teve como causa a anestesia, a responsabilidade deve ser suportada pelo anestesiológico.

Este tema já mereceu outras interpretações de nossa parte, todavia, levava a várias vertentes, nas quais múltiplas análises poderiam ser feitas, indo desde o relacionamento existente entre cirurgião e anestesiológico (sendo a escolha deste último uma imposição do primeiro), até a possibilidade de o cirurgião sequer saber quem seria o anestesiológico que iria encontrar no

Centro Cirúrgico: atualmente, uma possibilidade não muito incomum, nos hospitais de grande porte.<sup>6</sup>

Hoje, fruto de muitas reflexões a respeito, entendemos pela completa ruptura de dependência entre os dois especialistas, sendo a razão primordial para esta postura, a maior facilidade de análise e identificação de uma provável culpa, e a conseqüente responsabilização, em caso de dano comprovado, seja ele advindo do ato cirúrgico ou do ato anestésico.

A Sociedade de Anestesiologia da Bahia, em consulta ao Conselho Regional de Medicina daquele Estado, sobre responsabilidade médico-legal nos casos de procedimentos realizados por cirurgiões-dentistas, e que demandam anestesia praticada por médicos anesthesiologistas, assim se pronunciou:

Como é inadmissível que o anesthesiologista transfira sua responsabilidade a alguém, também o é que ele assuma a que não lhe cabe. A quem pratica o ato tributam-se os louros do sucesso ou o ônus do peso legal. Ao anesthesiologista cabe tão e simplesmente indicar, selecionar, aplicar e conduzir a anestesia, proporcionando ao cirurgião as melhores condições possíveis para a execução de seu mister e, ao paciente, a segurança necessária para que o trauma anestésico-cirúrgico lhe traga o mínimo mal possível. Ao cirurgião, seja ele quem for, mesmo os cirurgiões-dentistas que, como vimos, dentro de suas limitações legais, caberá assumir ética, civil ou penalmente as conseqüências do ato de operar (com as menores lesões e os melhores resultados possíveis). Não há justeza moral, nem ética, de transferir-se para um profissional atribuições e responsabilidades de outros, desde que atuem especificamente e em tarefas estanques, como o são o anesthesiologista e o cirurgião-dentista.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> GIOSTRI, *op. cit.*, p. 51 e ss.

<sup>7</sup> Parecer CRM. *Anestesia em revista*. São Paulo. Ano XLVI, nº 4/96, jul/ago, p. 28.

Esse Parecer engloba, a nosso ver, a postura de maior bom senso: cada profissional deve arcar com as atribuições e as responsabilidades inerentes ao seu ato, uma vez que atuam em procedimentos diferentes e em áreas diferentes. E isto tanto faz tratar-se de um cirurgião-dentista, de um cirurgião-geral ou de qualquer outro especialista.

Ou seja, cada vez que dois profissionais atuarem em áreas diferentes, em atitudes e agires independentes – mas visando a objetivos comuns e trabalhando ao mesmo tempo em um mesmo paciente – devem, cada qual, de maneira independente e individual, dentro da autonomia técnica e científica que lhes caracteriza, arcar com o ônus ou o com o sucesso de seu ato.

### 10.3 A PRESTAÇÃO OBRIGACIONAL DO ANESTESIOLOGISTA: PECULIARIEDADES

Pela mesma razão que consideramos inadequada a indicação da obrigação de resultado para caracterizar a prestação obrigacional do cirurgião plástico, dito estético, nas condições já mencionadas anteriormente (salvaguardados os casos especiais), entendemos, também, ser uma incongruência esta idêntica indicação para caracterizar a prestação obrigacional do anestesiolegista.

Não há a menor possibilidade de correspondência entre a realidade do que seja um ato anestésico e a definição do que seja uma obrigação de resultado: existe uma distância sideral entre as duas entidades.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> “Dizer-se que a obrigação do anestesiolegista é de resultado, porque ele se compromete a anestésiar o paciente, e depois reanimá-lo às condições normais é, no mínimo um absurdo. Primeiro porque a função de um anestesiolegista não é apenas fazer o paciente dormir e depois acordá-lo. Depois, fazê-lo dormir e não acordá-lo, podem constituir ocorrências cujas razões são independentes de sua vontade, ligadas às condições fisiológicas e

Entendemos que a prestação obrigacional do anestesiológista insere-se em uma *obrigação de meio*, sendo o objeto de seu contrato a sua própria atividade, na qual ele deve empregar todo o seu esforço e os recursos ao seu alcance para atingir o melhor resultado para o paciente, não estando, contudo, vinculado ao êxito daquele resultado.

Analogicamente, se na prestação obrigacional do cirurgião plástico existem particularidades às quais ele deve se ater, observar e pôr em prática (maior nível de informação ao paciente e maior cautela no agir), de igual maneira, no que diz respeito ao anestesiológista, há elementos que lhe são específicos e que se não efetivados podem trazer malefícios ao paciente, com conseqüente responsabilização para o profissional. Entre eles citam-se:

- a) Contato prévio com o paciente, para uma criteriosa avaliação pré-anestésica no que diz respeito às suas condições vitais e à sua variação fisiológica. Desse contato pode resultar uma melhor escolha do agente anestésico a ser utilizado e da melhor técnica a ser empregada. Pode, também, ser eficaz no sentido de diminuir a tensão emocional do paciente, favorecendo um maior nível de confiança no profissional e no ato cirúrgico ao qual vai se submeter. Daí a necessidade, também, de uma boa informação, a ser fornecida ao paciente, a respeito do que vai ocorrer.

b) Permanência junto ao paciente durante a realização do ato anestésico e até a total recuperação dos efeitos da anestesia, razão pela qual é considerado ato atentatório à ética médica o fato de um mesmo anesthesiologista atender a pacientes distintos, ainda que seja no mesmo ambiente cirúrgico. Em assim agindo, necessariamente um dos pacientes estaria sem o acompanhamento daquele profissional durante o espaço de tempo em que ele estivesse a atender o outro anestesiado.

c) O ato anestésico só deve ser praticado em ambiente hospitalar, que assegure as condições mínimas para sua realização. Entenda-se que aí deverão estar incluídas, também, as condições de reanimação,<sup>9</sup> em caso que alguma intercorrência venha a se efetivar.

Muito se fala sobre ser a falta de uma boa avaliação prévia das condições do paciente uma das maiores causas de incidentes durante o ato anestésico; assim, aquela visita feita ao paciente em seu quarto, não deve ser só de cordialidade, mas, além disso, é a oportunidade para uma séria avaliação das funções vitais que interessam à forma de anestesia proposta.

É também o momento para consulta aos exames complementares pré-operatórios que são pedidos de rotina; para informar-se sobre anestésias e cirurgias anteriores; para questionar sobre o uso ou não de medicamentos controlados; sobre hábitos (tabagismo, álcool, drogas etc.), bem como sobre eventuais complicações alérgicas. A conduta ideal incluiria aqui a feitura de

---

<sup>9</sup> FRANÇA entende que “é necessário que se incluam, de forma compulsória, nas salas de cirurgia, monitores automáticos que registrem as atividades cardíacas e respiratórias com alarmes acústicos ou visuais, detetores de oxigênio nos aparelhos de anestesia e oxímetros que sinalizem qualquer baixa na concentração de O<sub>2</sub> na mistura inspirada, com registro da saturação de Hb (hemoglobina) na circulação periférica”. *Opus cit.*, p. 22.

uma ficha de *avaliação pré-anestésica* (também conhecida como ficha de *consulta pré-anestésica*).

A não observância desses deveres – somada ao advento de algum dano para o paciente – poderiam inserir o anestesiológico em responsabilidade por culpa, na modalidade da negligência.

Contudo, as obrigações de um anestesiológico não se esgotam aí: além da visita pré-anestésica para a necessária avaliação, há ainda que se falar sobre a ficha de anestesia, a alta da recuperação, a descrição das intercorrências e complicações anestésicas ou cirúrgicas, a evolução no pós-operatório imediato e a epicrise.

É sempre interessante lembrar que todos estes elementos acima citados se constituem em importante fonte de argumento de defesa, por ocasião de algum envolvimento do profissional em processo ético ou legal.

A *avaliação pré-anestésica*, além de ser importante em relação a tudo que já foi mencionado, ainda se mostra como a melhor oportunidade para o devido esclarecimento ao paciente, ou ao seu representante legal, quanto aos riscos inerentes àquele ato.

A *ficha de anestesia* é considerada o documento legal do anestesiológico. Ali, o registro de todos os procedimentos por ele efetuados é que vão deixar transparente sua obediência às normas gerais de segurança, bem como a escolha da técnica mais adequada para cada caso específico.

A *alta da recuperação* pós-anestésica é de responsabilidade exclusiva do anestesiológico (art. 2. inc. VIII da Res. CFM 1.363/93). O estado de consciência, os dados hemodinâmicos e as condições de ventilação do paciente devem ser anotadas no prontuário (ou ficha anestésica).

*A descrição de alguma intercorrência*, seja cirúrgica, seja de anestesia, deverá constar na descrição do ato (anestésico ou cirúrgico) na ficha, ou prontuário. É importante que – por ocasião de alguma intercorrência –, tanto o relatório do cirurgião quanto o do anesthesiologista contenham informações compatíveis. Caso contrário, ambos os relatórios (e também os profissionais) estariam enfraquecidos, frente a uma necessidade de comprovação legal.

*Epicrise* é um relato resumido da alta, ou do óbito do paciente. Geralmente, é feito pelo médico responsável; porém, quando ocorrer uma complicação anestésica, é de bom alvitre que o anesthesiologista também participe da elaboração do referido resumo.

A par de tudo que já foi relacionado, entende-se ainda ser de extrema importância o conhecimento, pelo anesthesiologista, do *ambiente cirúrgico*, onde irá se desenrolar o ato anestésico. Bem assim, ele deve ter um bom *entrosamento com todo o corpo clínico* e, em especial, com o cirurgião com quem vai *co-laborar* (literalmente, trabalhar junto) e com o corpo de enfermagem, pois são eles que lhe servirão de suporte, no caso de uma intercorrência, ou incidente, que possa se concretizar durante o procedimento anestésico.

#### 10.4 A RESPONSABILIDADE ÉTICO-LEGAL DO ANESTESIOLOGISTA

Para uma análise do que pode vir a se caracterizar em motivo de responsabilização de um profissional da área em comento, necessário se faz, *prima facie*, entender em que consiste a sua atividade, já que ela é, tanto sob o aspecto técnico, quanto sob o científico, bem mais ampla do que os leigos na matéria podem supor.



Assim, de acordo com Fernando Bueno Pereira Leitão, Professor de Anestesiologia, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo:

O desenvolvimento da Anestesiologia como atividade muito bem fundamentada na Farmacologia e na Clínica, decorre da síntese e uso de fármacos pertencentes a grupos farmacológicos diversos e capazes de propiciar com desejável segurança, a amnésia, a sedação, o bloqueio autonômico, a analgesia, a anestesia, a inconsciência e, quando necessário, o relaxamento da musculatura esquelética. É consequência, também, de outros recursos, como equipamentos e materiais específicos utilizados na permeabilização de vias aéreas, na ventilação pulmonar, na realização de determinados tipos de bloqueios, na infusão de soluções hidratantes, sangue e derivados, e nos procedimentos e monitoração. Assim, ficam favorecidos o conforto do doente e a segurança da anestesia, seja ela loco-regional ou geral.<sup>10</sup>

É presunção geral que um especialista, em determinada área, seja possuidor de conhecimento e habilidades especiais que o diferenciam de um generalista.

Exige-se dele, especialista, um melhor desempenho e um melhor resultado, em comparação com aquele profissional que não apresenta um nível de conhecimento científico tão especializado.

É apenas neste particular que a prestação obrigacional do anestesiológista se difere das demais. Porém, isto não é suficiente para inseri-la em uma obrigação de resultado.

De igual modo como ocorre com o cirurgião plástico, é também cobrado do anestesiológista uma responsabilidade maior e, quando da ocorrência de danos, estes são avaliados com bastante rigor mas, tanto na

---

<sup>10</sup> In Boletim Informativo. **Anestesia BD**. São Paulo: Benson Dicson, 1999, p. 2.

primeira, quanto na segunda especialidade, entende-se não haver justificativa suficientemente convincente para falar-se em obrigação de resultado.

No que diz respeito à responsabilização do anestesiológico, de igual maneira que com os outros médicos, aquela pode se dar por dupla via: a ética e a legal.

A responsabilidade ética é apurada junto aos Conselhos Regionais de Medicina, por intermédio de processos ético-disciplinares, instaurados na forma de autos judiciais, podendo ser iniciados por queixa ou denúncia de terceiro, necessariamente assinada, devendo estar devidamente fundamentada e apresentando, como característica, uma infração a qualquer dos artigos do Código de Ética Médica.

Pode, também, ser instaurado *ex officio*, por deliberação do próprio Conselho, quando este tomar conhecimento de fatos que possam se caracterizar como infração ético-profissional. Há amplo direito à defesa, e os atos processuais seguem os ditames do Código de Processo Ético-profissional (Resolução CFM nº 1.464/96).

Em caso de condenação pelo Tribunal Regional (CRM) pode haver o oferecimento de recurso junto ao Tribunal Superior de Ética (CFM). Havendo condenação, esta será efetivada mediante cinco níveis de penas disciplinares, a saber:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional (por até 30 dias);
- e) cassação do exercício profissional.

Por seu lado, as vias legais são a penal e a civil, não merecendo nenhuma menção especial aqui, já que não fogem à regra geral do *neminem laedere*.

O anestesiológista tem sua responsabilidade normatizada de maneira direta e pessoal pela Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº. 1.363/93, composta de três artigos e catorze incisos. (*Vide em ANEXOS*).

#### 10.4.1 A culpa na Seara do Anestesiológista: a Imperícia, a Imprudência e a Negligência

A culpa desses profissionais não se afasta dos princípios genéricos e das disposições legais que possibilitam a interpretação da responsabilidade médica.

Todavia, como sói acontecer também no caso das demais especialidades, o preparo mais amplo e específico, que se pressupõe ter um profissional especialista, gera a expectativa e o dever de agir com maior prudência e diligência, em virtude mesmo de seu conhecimento ser maior do que aquele que possui um generalista.

A responsabilidade do anestesiológista – como dos demais médicos – será avaliada mediante apuração da culpa, tipificada pela imperícia, imprudência ou negligência.

A esses três elementos, já tendo sido tratados e analisados de maneira individuada, em capítulos anteriores, resta aqui, apenas, sua caracterização dentro da área de atuação do anestesiológista.

Sendo a *imprudência* definida como a falta de cautela na prática de determinados atos, agiria com culpa o profissional que, ao invés de se servir dos

medicamentos e das técnicas adequadas e aceitas para o ato anestésico, viesse a fazer uso de improvisação, tanto na técnica quanto no uso de medicamento de reação ou efeito ainda desconhecido.

Ou, ainda, ter qualquer outro tipo de conduta que fosse caracterizada pela insensatez e/ou pela intempestividade, fugindo aos padrões da normalidade e da segurança, como, por exemplo, atender simultaneamente a dois ou mais pacientes.

O anestesiológista, dentro de sua área de atuação tem uma conduta de contornos bem nítidos, já que o ato anestésico – nas suas várias modalidades – é quase sempre repetitivo na sua generalidade e normalidade. Exceção feita, por óbvio, para as intercorrências.

A *imperícia*, por sua vez, sendo conceituada como a falta de habilidade para praticar determinados atos, apresenta uma certa dificuldade de ser detectada no trabalho de um profissional que já é um especialista, pois – se ele é possuidor de uma qualificação como tal –, é porque se pressupõe ser detentor de *conhecimentos específicos* e das *habilidades requeridas* para aquela área, diferentemente de um colega seu, generalista.

Portanto, não vislumbramos assim com tanta facilidade a possibilidade de o anestesiológista ser *imperito*, pois tendo a habilitação profissional, a capacidade técnica e o conhecimento especializado para desenvolver o ato anestésico dentro dos melhores padrões e se, ainda assim, viesse a executá-lo sem fazer uso daquelas atribuições, ele estaria sendo negligente e não, imperito.

Todavia, não é este o pensar dos autores Urrutia. Para eles, poderia a imperícia do anestesiológista ficar caracterizada nas seguintes circunstâncias: por deficiente aplicação das técnicas anestésicas; por uso de dose excessiva de

anestésico ou por mal uso de fármacos em geral e, ainda, por utilizar procedimentos inadequados para determinado caso.<sup>11</sup>

Por último, a *negligência*, que se define como sendo a falta de observância aos deveres e cuidados que a situação demanda, poderia ser melhor caracterizada por aquela conduta indevida, e que mais problemas ético-legais traz ao anestesiológico: o abandono de um paciente anestesiado em detrimento de outro, mas que também está submetido ao ato anestésico. Ou ainda, e o que é pior: as saídas desnecessárias da sala de cirurgia ou, se mesmo quando lá permanece, venha a se descuidar de seu paciente

Caracterizar-se-á negligência quando não executar os exames ou estudos pré-anestésicos que requer o caso, bem como por deficiência no cuidado do paciente e/ou do instrumental anestésico. Quando praticar anestesia em uma intervenção cirúrgica que possa vir a apresentar complicações cardíacas, sem assegurar-se do funcionamento do desfibrilador.<sup>12</sup>

Também será ele responsabilizado por negligência (e não por imperícia, conforme já frisado acima) quando, por sua indolência, inércia, passividade, ou inação, deixar de proporcionar ao paciente os cuidados necessários para evitar ou resolver uma intercorrência, ou deixar de controlar o paciente em todas as fases do ato anestésico.

Sua negligência também ficará caracterizada quando deixar de acompanhar o paciente, até que suas funções vitais estejam totalmente normalizadas ou, pelo menos, próximas daquele nível de normalidade que a situação e a condição de um pós-operatório permitem.

---

<sup>11</sup> URRUTIA, Amilcar R.; URRUTIA, Déborah M.; URRUTIA, César A.; URRUTIA, Gustavo A. *Responsabilidad médico-legal de los anestésistas*. Buenos Aires: La Rocca, 1996, p. 113-14.

<sup>12</sup> URRUTIA, p. 115-16.

#### 10.4.2 Os Elementos *Pessoa, Tempo e Lugar*, no âmbito da Anestesiologia

Também no âmbito da anestesiologia a avaliação da responsabilidade poderá ser feita sob a óptica das circunstâncias das pessoas, do tempo e lugar.

Em relação às *pessoas*, é possível um parâmetro interpretativo entre uma dupla perspectiva, qual seja, a do paciente e a do especialista.

Em relação a este último, vige o pressuposto da análise da culpa *in abstracto*, o que equivale dizer que o critério mais adequado para avaliar sua culpabilidade é aquele baseado na comparação do seu desempenho com o de um profissional considerado como prudente e diligente, pertencente à mesma categoria de especialidade e colocado nas mesmas condições do caso concreto.

Entende-se que pelo fato de ser um especialista em determinada área, faz parte de sua prestação obrigacional levar a cabo sua obrigação dentro de um nível de aptidão e de conhecimentos que caracterizam sua formação de especialista, bem assim o patamar de sua experiência.

No que diz respeito ao paciente, é importante frisar que mesmo para uma pequena cirurgia, os procedimentos do anestesilogista são, basicamente, os mesmos utilizados para uma grande cirurgia. Todavia, há que admitir-se que há um aumento de responsabilidade em situações, tais quais, uma cirurgia de grande complexidade ou um paciente de risco, seja pela idade, pelos hábitos (tabagismo, álcool, drogas), seja pela etiologia da patologia apresentada.

Em relação às circunstâncias do elemento *tempo*, conforme já mencionado, pode haver uma diferença em relação ao momento em que é efetuada uma intervenção cirúrgica e, portanto, também a anestesia. Não só o período do dia (manhã, tarde ou noite), podem interferir no resultado ou no desenrolar do ato cirúrgico/anestésico, como outros fatores, tais quais, a cirurgia

ser de cunho eletivo, portanto, podendo ser adremente programada, ou ser de emergencial ou, até, de extrema urgência.

Em obra específica sobre o tema em comento, citam os autores que a emergência incrementa os riscos próprios de uma cirurgia comum, dentro de um proporção de quatro a cinco vezes, bem como os riscos de morte atribuíveis a causas anestésicas são dez vezes maiores em uma cirurgia de urgência, que em outra, de cunho eletivo.<sup>13</sup>

Também em relação ao elemento “tempo”, os autores retrocitados chamam a atenção para uma jurisprudência da Câmara Civil argentina por entender ser pertinente que “*el conocimiento científico de la época em que se produjo el daño señala el nivel de exigencia mediante el cual cabe juzgar la responsabilidad de los médicos y instituciones de salud*”.<sup>14</sup>

Em relação às circunstâncias de *lugar*, configura-se importante a análise do que poderia ser oferecido pela infra-estrutura do nosocômio onde se desenrolou o ato anestésico, bem como o equipamento posto lá em disponibilidade de uso e se estava em bom estado de funcionamento. Estes elementos deverão ser avaliados na qualidades de *agentes*, em caso de uma responsabilização do profissional.

Bueres entende que quando o paciente elege o profissional em razão de suas especiais aptidões, o acento subjetivo de apreciação da culpa cresce sensivelmente.<sup>15</sup> Tal fato explica-se, em razão de que uma competência maior gera também uma exigência maior, bem assim uma expectativa mais ampla por parte do paciente.

---

<sup>13</sup> URRUTIA, p. 50-1.

<sup>14</sup> URRUTIA, p.52

<sup>15</sup> BUERES, v. 2 p. 120.

## 10.5 DEVERES DO ANESTESIOLOGISTA E DO PACIENTE

Partindo-se do princípio que entre médico e paciente forma-se uma relação contratual, é derivativo desse tipo de situação a existência de direito e de deveres para cada uma das partes. Esses direitos e deveres, por evidente, não se restringem apenas à prestação de serviços profissionais de um lado, e do pagamento, por parte do usuário.

Urrutia cita oito tipos de diferentes deveres do anestesiolegista frente ao paciente, e que seriam os seguintes:<sup>16</sup>

*Dever de prestar assistência profissional:* conquanto o médico, dentro da prática privada de seu exercício profissional, tenha o direito de escolher livremente seus pacientes há, porém, casos de suma urgência ou de perigo imediato de vida, nos quais ele será obrigado a prestar sua assistência, mesmo em detrimento dos cuidados prévios de ordem formal, econômico, administrativo ou de qualquer outra espécie.

*Dever de atuar com ciência e prudência:* tratando-se do bem maior que é a vida, não basta, para o médico, em especial para o anestesiolegista, a mera prestação de serviços profissionais, mas deve ele aplicar seus conhecimentos dentro do estágio atual da ciência, sendo que tanto o cuidado quanto a diligência devem ser elastecidos em caso de cirurgias de alta complexidade, ou em caso de pacientes de alto risco.

*Dever de informar:* também aqui no Brasil, e em conformidade com o Código de Ética Médica e Código do Consumidor, deve o paciente estar muito bem informado, sendo este um dos deveres essenciais do médico. Uma vez bem

---

<sup>16</sup> URRUTIA, p. 57-74.



informado, pode o paciente dar a fiel expressão de seu consentimento, aperfeiçoando, assim, o contrato entre ambas as partes. A informação, além de clara, deve vir acompanhada de dados suficientes sobre o tipo de anestesia e os riscos que ela encerra, bem como deve estar adaptada às circunstâncias de cada caso e às condições culturais, sociais e psicológicas do assistido.

Bueres pondera que, quando o prognóstico é grave, pode ser, legitimamente ocultado do enfermo. Nesses casos de exceção é conveniente a comunicação aos parentes ou representantes legais do enfermo, sobre seu verdadeiro estado de saúde.<sup>17</sup>

Em caso de o risco anestésico ser grande, deve, de igual maneira, o cirurgião, ou o anesthesiologista, informar as possibilidades nefastas do ato cirúrgico e/ou anestésico a um parente mais próximo, ou responsável legal, inclusive no sentido de obter a autorização para o ato, por escrito.

*Dever de obter o consentimento do paciente:* é este dever, uma resultante correlata do procedimento anterior, ou seja, uma vez estando o paciente bem informado, ou seu parente ou representante legal, é o momento oportuno para obter a autorização prévia e por escrito, com base no princípio de que a autodeterminação forma a base jurídica da doutrina do consentimento informado moderno.

Sobre obter o consentimento do paciente para o ato anestésico, independentemente da autorização dada para o ato cirúrgico, os autores Urutia chamam a atenção para dois possíveis desmembramentos dessa situação:

---

<sup>17</sup> BUERES, v. 2, p. 161. Nesse sentido, ver também o Código de Ética Médica brasileiro, art. 59. (“É vedado ao médico: deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento” [...]).

- a) o consentimento é necessário para a administração da anestesia, tendo a sua ausência, na prática, dado margem à denúncia por má prática médica, com pertinente ação reparatória;
- b) sendo que todo paciente que vai ser operado tem como certa a necessidade de uma anestesia (local ou geral), é possível supor que no consentimento para ser operado já está, obviamente, incluída sua acordância para ser anestesiado.

Todavia, citam os autores ainda uma outra posição: a de que se deve pedir uma autorização expressa para anestesia geral, quando o paciente – em razão do tipo de intervenção – poderia supor que só seria submetido a uma anestesia local.<sup>18</sup>

Importante também, a nosso ver é informar ao paciente que em decorrência de imprevistos surgidos durante o ato anestésico/cirúrgico, possa ocorrer a possibilidade de mudança da tática anestésica adredeamente avençada, razão pela qual deve o anestesiológista munir-se, também, de um item prévio a este respeito, constante do consentimento obtido.

Por razões óbvias, o consentimento do paciente deverá ser tomado antes que se lhe administrem a medicação pré-anestésica.

De uma maneira genérica há que se entender haver um consentimento tácito no ato de o paciente entregar-se a uma cirurgia, sabendo de antemão da obrigatoriedade de que a intervenção se desenrole sob uma anestesia, não importando qual sua abrangência ou local. Contudo, em caso de uma ação judicial, também não se pode ignorar que os consentimentos tácitos não têm a força probatória de um consentimento expresso.

---

<sup>18</sup> URRUTIA, p. 63, n.º 33.

*Dever de colaborar:* este dever diz respeito à obrigação de confeccionar adequadamente a história clínica do paciente, colocando-a à disposição daquele; bem assim, mantê-lo incólume durante o ato anestésico e no pós-anestésico. Faltaria o profissional, com seu dever de colaboração, quando se retirasse prematuramente da sala de cirurgia, ou quando não praticasse os adequados controles posteriores ao ato anestésico.<sup>19</sup>

*Dever de abster-se de prometer um resultado:* sendo a prestação obrigacional do médico, uma obrigação de meio, não pode – e não deve – ele assegurar a seu cliente o êxito de um tratamento ou de um procedimento. Deve, tão-somente, comprometer-se a fazer uso das técnicas adequadas para alcançar o melhor resultado. Isso porque, mesmo a melhor técnica – ainda que corretamente utilizada – pode trazer resultados diferentes para pacientes diferentes.

Os autores supramencionados informam que “*la doctrina y la jurisprudencia absolutamente mayoritarias han reconocido explícita ou implícitamente esta realidad, al admitir que el anestesiólogo asume típicas obligaciones de medios y no de resultado*”.<sup>20</sup>

Ou seja, na Argentina, um país que tem vários e excelentes autores e pesquisadores da área da responsabilidade médica, já tem sua postura definida quanto a considerar como sendo de *meios* a prestação obrigacional do anestesiológico. Mais uma vez insistimos em nossa teoria de que um tema quando é mal pesquisado, ou pouco debatido (como ocorre no Brasil em relação às duas categorias de obrigação, cujo assunto costuma se esgotar em poucos parágrafos), acaba por gerar não só controvérsias, como favorece a possibilidade de uso inadequado.

---

<sup>19</sup> URRUTIA, p. 69.

<sup>20</sup> URRUTIA, p. 70.

*Dever de guardar o segredo profissional:* por força do exercício de sua profissão, o médico deve submeter seu cliente a um amplo interrogatório, de onde extrai os necessários dados para a confecção do competente histórico do paciente (*anamnese*). Daí resulta ter acesso a informações que, muitas das vezes, podem se revestir de um caráter estritamente confidencial, e que devem, então, ser zelosamente guardadas, em nome do dever de sigilo.

Esta reserva deve dizer respeito a tudo quanto chegue ao conhecimento do profissional em razão de sua atividade, e compreenderá tudo que estiver relacionado com seu paciente, a saber, sintomas e sinais observados, prognóstico e sua perspectiva de cura ou de melhora e o tratamento escolhido. Como exceção a este dever, impõe-se um outro, o da denúncia obrigatória, definido em lei.

Entendemos que no sigilo profissional também se incluem fatos ou dados mencionados durante a consulta e/ou tratamento e que digam respeito à pessoa do paciente, mas não relacionados com sua patologia.

*Dever de denunciar:* o médico, qualquer que seja sua especialidade – portanto inclui-se aqui a anestesiologia –, tem o dever de denunciar delitos que venham a afetar bens jurídicos, como a vida e a integridade física, bem assim apontar o portador de doenças contagiosas e transmissíveis.

#### 10.5.1 Dos Deveres do Paciente

Sendo que se forma uma relação contratual entre médico e paciente, e por força deste contrato ambos têm direitos e deveres, impende agora analisar os

deveres do paciente. Segundo os autores Urrutia, o paciente tem os deveres de informar, de colaborar e de abonar os honorários profissionais.<sup>21</sup>

*Dever de informar:* quando é feita a visita pré-anestésica, evidencia-se (conforme já mencionado), a melhor oportunidade para a realização da ficha pré-anestésica, na qual os dados fornecidos pelo paciente serão alinhados, devendo o informante prestá-los dentro da maior abrangência e veracidade possíveis.

Entendemos ser importante, também, que o paciente, neste momento, tome conhecimento do fato de que a sonegação de informações claras e amplas pode resultar em risco de vida para ele próprio. Ou, em uma menor proporção pode, sua postura de mal informar, vir a se constituir em hipótese de liberação de responsabilidade para o anestesiológico, em caso de um processo judicial.

Por intermédio do interrogatório é possível conhecer as circunstâncias que serão determinantes até mesmo para a escolha da técnica a ser empregada pelo anestesiológico. Tais dados dizem respeito aos antecedentes pessoais, patológicos e hereditários do paciente, bem assim sobre sua enfermidade atual e outras ocorrências médicas, seus hábitos alimentares e a medicação da qual esteja fazendo uso.<sup>22</sup>

*Dever de colaborar:* de igual maneira que pesa sobre o profissional médico o dever de não abandonar seus clientes – conquanto possa fazê-lo em determinadas circunstâncias –, também o paciente deve abster-se de abandonar o tratamento, ou o devido e necessário acompanhamento médico. Só agindo assim ele poderá cumprir de maneira adequada o tratamento instituído.

---

<sup>21</sup> URRUTIA, p. 74-78

<sup>22</sup> URRUTIA, p. 74.

No que diz respeito à anestesia, é de suma importância, por exemplo, a manutenção de jejum antes do ato operatório, bem assim a obediência à prescrição médica quanto a medicamentos específicos que devam ser ingeridos ou, mesmo, postura física após o ato anestésico (v. g., o uso ou não de travesseiros).

*Dever de abonar os honorários do profissional:* como contraprestação dos serviços recebidos deve o paciente, ou seu representante, responsabilizar-se pelos honorários devidos ao médico, estando estes em acordância com o previsto e com o combinado entre as partes. Exceção feita para os atendimentos em hospitais públicos ou mediante de convênios e Planos de Saúde.

Bueres informa que os responsáveis pelo pagamento dos honorários médicos (tirante as entidades intermediárias), seriam: o próprio paciente; seus sucessores universais; as pessoas que legalmente devam responder por ele (v.g. quando há um dever de prestação alimentícia); os terceiros interessados (como no caso dos fiadores) e, por último, terceiros que tenham assumido, por alguma razão, a responsabilidade dos honorários junto ao paciente.<sup>23</sup>

Os honorários conveniados com o cirurgião chefe, via de regra, não incluem o pagamento de seus colaboradores e muito menos os honorários de outros profissionais “*com autonomía científica y técnica participantes en el acto operatorio, como el caso de los anestesiólogos*”.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> BUERES, p. 181, v. 1.

<sup>24</sup> Parte de um julgado proveniente da CNCiv, Sala B, 27.10.71, citado pelos autores Urutia, p. 78.

## 10.6 NATUREZA DA PRESTAÇÃO DO ATO ANESTÉSICO

Conforme já exaustivamente mencionado, quando Demogue classificou as obrigações, quanto ao conteúdo, em obrigações de *meio* e de *resultado*, conceituou que, por conta das primeiras, o devedor se obrigaria a fazer uso de todos os meios para atingir um resultado buscado, mas sem se comprometer a obtê-lo. Por contra, as segundas importavam na obtenção de um resultado previamente acordado e determinado, o qual deveria ser atingido pela atividade do obrigado.

Como diferença mais marcante entre ambas, pesava o fato de que nas obrigações de meio era possível a ocorrência do *fator álea*, o que poderia impedir ao devedor de bem cumprir sua tarefa, fato que seria levado em conta, bem assim a *diligência* por ele empregada na tentativa de melhor incumbência de sua prestação.

Por sua vez, as obrigações de resultado seriam aquelas que se desenvolveriam em áreas onde o fator álea não estivesse presente, sendo assim possível assegurar um resultado predeterminado, bem como não se faria menção ao elemento diligência, mesmo porque este não teria validade alguma, no sentido de eximir o devedor, em caso de inadimplência.

Conforme vimos salientando ao longo de todo este trabalho, é a presença ou ausência do *fator álea* a principal característica divisória entre um tipo e outro das duas categorias obrigacionais, vez que será ele o elemento que poderá se interpor entre a *vontade e a diligência do devedor* e o *resultado a ser alcançado*.

### 10.6.1 Conseqüências Jurídicas

Conquanto teoricamente a obrigação de resultado leve a uma inversão do ônus da prova, cabendo, então, ao devedor provar algum tipo de excludente de sua responsabilidade, o que se vê na prática, em relação aos processos envolvendo médicos (e conforme já mencionado), é uma espécie de divisão tácita da carga probatória: o paciente carrega para os autos tudo o que lhe interessa provar e o médico faz o mesmo, no sentido de comprovar sua não culpa, ou inexistência de responsabilidade de sua parte.

Entendemos que a prestação obrigacional do anestesiológico insere-se em uma obrigação de meio; assim, teoricamente, a carga probatória correria por conta do paciente. Contudo, além de não ser esta a realidade observada na prática (onde acaba por se dividir quase “irmamente” o ônus probatório<sup>25</sup>), ainda nos posicionamos a favor da *teoria das cargas probatórias dinâmicas*, por conta da qual, o ônus (não o único, mas o maior), deve cair sobre os ombros daquele que melhores condições desfruta de provar a veracidade ou a inexistência dos fatos alegados.

Os autores Urrutia<sup>26</sup> informam que no vizinho país argentino, apenas um autor (e juiz) manifestou-se a favor de se enquadrar a prestação obrigacional do anestesiológico dentro de uma obrigação de resultado, por entender que as drogas anestésicas, quando bem utilizadas, são inócuas para a saúde das pessoas, e que em sua administração não há *áreas graves*, além do que se trata de um método complementar da cirurgia, estereotipado, hoje freqüente e sensível.

---

<sup>25</sup> Exceção feita aos processos que tramitam na área ética, onde basta apenas uma carta de um paciente descontente dirigida a um Conselho Regional de Medicina, para que toda uma série de procedimentos passe a se desenrolar, ficando o ônus probatório por conta do médico indigitado.

<sup>26</sup> URRUTIA, p. 84-5.



*Data maxima venia.* Entendemos que no seu total, tal afirmativa é o oposto em todos os sentidos, não só do que pensamos mas, também, de tudo aquilo que os compêndios médicos vêm de ensinar.

Citando várias fontes, incluindo doutrina e julgados os autores Urrutia, concluem afirmando que a ciência médica tem suas limitações e, no que diz respeito ao tratamento das enfermidades, existirá sempre uma parcela de álea que escapará ao cálculo mais rigoroso ou às previsões mais prudentes, por conta do que, afinal, se obriga a restringir o campo da responsabilidade.<sup>27</sup>

Muito oportunamente, os autores citados oferecem, em nota de rodapé a conclusão obtida em Mesa-Redonda sobre o tema *O Processo Judicial em Anestesiologia*, ocorrido no Congresso Argentino de Anestesiologia, em 18.11.95, do que derivou a assertiva de que o objetivo da anestesia não é só “adormecer” o paciente, mas fazê-lo dormir e despertar com suas funções vitais preservadas, enfatizando ainda o fato de que o anestesiológico está rodeado por pessoas ou circunstâncias muito particulares, do que resulta ser o último elo de uma cadeia de potenciais erros humanos.

A Revista Argentina de Anestesiologia também apresentou importante matéria sobre o risco anestésico e que cabe, aqui, com louvor, reproduzi-la. A saber:

I) O anestesiológico administra de forma pessoal e em um período de tempo muito breve (desde minutos até algumas horas) o maior número de drogas que qualquer outro médico.

II) Nenhum outro médico enfrenta tão frequentemente, de forma direta e pessoal, quadros de hipotensão arterial.

---

<sup>27</sup> *Ib. id.*, p. 85.

III) Nenhum outro médico enfrenta tão freqüentemente e resolve de forma direta e pessoal, a parada respiratória, seja induzida ou não.

IV) Em nenhuma outra especialidade o médico produz, necessariamente, situações para a desestabilização e obstrução da via aérea superior.

V) Nenhuma outra especialidade médica utiliza tantas drogas com tão alta potencialidade letal intrínseca.

VI) Nenhuma outra especialidade assume a responsabilidade de resolver situações vinculadas com a atividade de outros profissionais (cirurgiões, especialistas em diagnóstico por imagens, etc.), já que se trata de uma especialidade que não é terapêutica, mas dirigida a auxiliar no sentido que outras especialidades cumpram seus objetivos.

VII) Os anestesiólogos dispõem de muito pouco tempo para a tomada de decisões críticas e esta situação não só é produto de situações de emergência, como pode estar afeita aos procedimentos normais no exercício de sua especialidade.

VIII) Pelas circunstâncias apontadas nos parágrafos precedentes, em nenhuma especialidade é imperativo diferenciar prematuramente uma reação normal e esperada a uma droga ou a contingências associadas com a operação e anestesia, de uma reação inesperada ou de uma situação anormal que possa repercutir negativamente no paciente.

IX) Nenhuma outra especialidade deve assimilar, analisar e processar de forma permanente e em um curto espaço de tempo (desde minutos até horas) uma gama tão ampla de dados e informações sobre as condições e a evolução do paciente.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> WIKINSKI, Jaime. *Responsabilidad profesional del anesestesiólogo y riesgo anestésico – I. Responsabilidad profesional del anesestesiólogo. ¿ Qué es la anesestesiología? In Revista Argentina de Anesestesiología*. Buenos Aires, 1995, v. 53, n. 3, p. 195-204. Cf. Hurrutia, p. 86-7, n. 23.

Portanto, lembrando o fato de que o estado anestésico se assemelha a um coma artificial, veja-se o que informam os compêndios médicos:

A anestesia para a cirurgia implica riscos inevitáveis. E é assim porque, se bem que cada anestésico tenha suas vantagens, também tem seus efeitos secundários. Todos os anestésicos, inclusive os mais simples, produzem um estado fisiológico de anormalidade, que pressupõe um risco. Este último pode ser maior ou menor, segundo as circunstâncias, mas nunca se pode evitá-lo.<sup>29</sup>

Por último, pode-se concluir que tanto quanto um ato cirúrgico, todo procedimento anestésico envolve riscos, e isto ocorre independentemente dos avanços tecnológicos e científicos pois, conforme muito bem lembram os tratadistas médicos: conquanto existam, cirurgias menores, não existem anestésias menores.

Por tantas e tais razões mostra-se de todo impossível inserir a prestação obrigacional do anestesiológista no âmbito das obrigações de resultado, seara com ausência do *fator álea* e com valor nulo para o elemento *diligência*.

#### 10.6.2 Responsabilidade Objetiva do Anestesiológista

Sendo de meio a obrigação do anestesiológista, e sendo sua responsabilidade assente na culpa, portanto de ordem subjetiva, situações porém existem, nas quais fica patente um tipo de responsabilidade objetiva, a saber:

---

<sup>29</sup> SCHWARTZ, SHIRES & SPENCER, *op. cit.*, p. 439

pelo *fato das coisas*; quando excepcionalmente tratar-se de uma *obrigação de resultado* e pelo *fato de pessoas*.

*Fato das coisas*: o anestesiológico em seu mister deve servir-se de um específico aparato tecnológico e farmacêutico para bem desenvolver sua especialidade. Sendo de sua inteira responsabilidade o funcionamento daquele, as complicações anestésicas que advierem por conta do mau funcionamento, ou funcionamento incorreto ou inadequado daquele equipamento, correrão por sua inteira responsabilidade, não interessando a perquirição de culpa.

*Obrigação de resultado*: conforme mencionado anteriormente, o próprio profissional médico pode se auto-inserir em uma obrigação de resultado, no momento em que se compromete, ou se propõe, a atingir um determinado resultado. Foi enfatizado, também que não existem anestésias menores ou sem riscos, assim, para que o anestesiológico esteja inserido em uma prestação obrigacional de resultado, seria necessário que ele houvesse assumido, por vontade própria, a obrigação de alcançar um resultado pré-determinado.

*Fato das pessoas*: consoante, também já enfocado, o médico, enquanto chefe de equipe é responsável por seus prepostos, inserindo-se esta, na seara da responsabilidade objetiva. No caso do anestesiológico, pode ocorrer que ele necessite servir-se de auxiliares ou, mesmo, de colegas de mesma especialidade, mas que lhe estejam em plano hierárquico inferior, como um estagiário, por exemplo. Os atos danosos resultantes do agir destes profissionais seriam da responsabilidade do anestesiológico, que deles se serviu para desenvolver seu mister.

É, por suposto, o mesmo regime de solidariedade passiva que existe entre o cirurgião e seus auxiliares, e sobre os quais lhe cabe fiscalizar e controlar a atuação.

## 11. O INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. SUA DETERMINAÇÃO

Tanto nas obrigações de meio, quanto nas de resultado, o fato que dará origem à responsabilização de devedor é o incumprimento de sua obrigação, advindo da inexecução da prestação devida, que pode estar representada por um cumprimento defeituoso, incompleto, tardio ou, mesmo, inexistente.

Alicerçado em tudo que até aqui foi escrito, agora é chegado o momento de analisar duas facetas da responsabilidade:

- a) a culpa (sua presença ou ausência);
- b) a impossibilidade objetiva do não cumprimento da prestação.

Conforme a própria definição da obrigação de resultado, o inadimplemento da prestação obrigacional estaria representado pelo fato de não alcançar o resultado prometido ou avençado. Neste caso não haverá necessidade de estabelecer se o devedor agiu com negligência, imperícia ou imprudência, ou se não fez uso da necessária diligência, pois a sua culpa já está presumida<sup>1</sup> (do que se discorda, conforme amplamente externado, já que entende-se que a presunção de culpa está diretamente ligada à responsabilidade objetiva).

Esta postura, contudo, não elide a relevância da culpa, conforme já mencionado, bem como tanto o cumprimento como o inadimplemento da satisfação do credor pressupõem diligência, assim como podem pressupor a culpa. Ou seja, ainda que a conduta diligente do devedor não tenha relevância

---

<sup>1</sup> Daí a inadequação (conforme insistentemente mencionado) que se faz de seu uso em um país, onde a responsabilidade do profissional liberal é avaliada mediante a verificação da culpa, portanto, inserida nos domínios da responsabilidade subjetiva.

no caso de inadimplência, em se tratando de obrigação de resultado, entretanto ela terá sua importância no caso do incumprimento da prestação.

### 11.1 O PAPEL DA DILIGÊNCIA NA CONFIGURAÇÃO DO CONTEÚDO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO

A avaliação da diligência empregada torna-se particularmente importante na determinação do descumprimento, em sentido material, de uma obrigação de meio. Ainda que a culpa se refira ao comportamento do devedor, e a inexecução se refira à expectativa fraudada do credor, seu conteúdo é o mesmo, já que tanto a culpa quanto o descumprimento apontam para a mesma questão: qual é o grau de diligência exigível do devedor?

Esta é uma questão bastante árdua de ser respondida, e que dependerá, em muito, da habilidade do julgador, na análise dos atos e das circunstâncias paralelas ao fato *sub judice*.

O Código Civil argentino dispõe no seu art. 512: “*La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”.

O Código Civil português, do ano de 1867, por seu turno, determina no seu art. 717, 3º que: “*A qualificação de culpa ou de negligência depende do prudente arbítrio do julgador, conforme as circunstâncias do facto, do contracto e das pessoas*”.

### 11.1.1 Análise da Posição e Situação das Partes na Relação Médico-paciente

Entende-se que na avaliação da culpa médica é de real importância a análise da *posição e situação* das partes, em respeito às obrigações que lhes são impostas pois, no caso específico da relação médico-paciente, sendo este último uma parte interagente nos procedimentos (parte orgânica), bem assim no resultado (cuidados e obediência às prescrições médicas), a sua participação mais ou – menos – ativa não pode ser ignorada.<sup>2</sup>

O Código Civil não especifica o que seria diligência, mas pode-se bem entender – em especial no caso do profissional médico – que ela se traduz pela observância às normas técnicas e que, aquele que as cumpre, realiza uma prestação tecnicamente perfeita, ainda que o melhor resultado não seja atingido.

Aí está, a nosso ver, a principal distinção entre descumprimento de uma obrigação e descontentamento de um cliente, elemento particularmente importante em determinadas áreas, em especial a da cirurgia plástica, dita estética.

Nesse âmbito de especialidade, é muito comum ver-se um médico ser responsabilizado porque um determinado e específico resultado (vislumbrado de maneira subjetiva, portanto, só pelo paciente) não foi atingido, ainda que tivesse sido utilizada toda a técnica correta e a necessária diligência, com um bom resultado final.

---

<sup>2</sup> É nosso entender que o paciente interfere em todo e qualquer resultado, já que participa de duas maneiras em todo tratamento, seja clínico, seja cirúrgico: primeiro, por uma participação passiva, representada pela resposta que seu organismo dá ao tratamento, exteriorizando algo que lhe é individual e previsível apenas até um certo ponto. A segunda, por uma participação ativa nos procedimentos que lhe dizem respeito, quais sejam: tomar medicamento de maneira correta, seguir as demais prescrições médicas de maneira diligente, fazendo a sua parte no contrato médico-paciente.

Na órbita da obrigação de resultado tal fato já se constituiria – por si só – em inadimplência obrigacional. No entanto, está ele (o descontentamento) ligado meramente a um elemento subjetivo, portanto, ultrapessoal, que é a avaliação unilateral do paciente, paciente este, que muitas das vezes não cumpriu, a contento, a sua própria parte na relação contratual.

Em muitos casos, sequer se pode determinar concretamente o grau de diligência com que deveria laborar o médico/devedor ou, ainda, até que ponto foi prejudicial a participação do paciente/credor. Como analisar *concretamente* aquilo que é *subjetivo*...?

Na seara da obrigação de meio também é necessária esta análise. Pois, o incumprimento de uma obrigação que tem por objeto uma atividade dirigida para a consecução de um resultado aleatório, não pode estar determinada, ou ser avaliada apenas pela violação de um modelo abstrato de comportamento, já que sua análise *in concreto* se torna impraticável.

### 11.1.2 Análise de Outros Elementos que Podem Favorecer o Inadimplemento

Ao tentar determinar a causa, ou as causas, do inadimplemento de uma obrigação, no exercício da atividade médica, outros elementos há que serem perquiridos, e dizem respeito à interação do cliente, parte integrante na relação contratual

Assim, há que ser analisada a resposta final frente ao seu fisiologismo; frente à sua psique e, ainda, sua maior ou menor participação (ativa e passiva) no resultado final.



Considerar como descumprimento de uma obrigação a avaliação, apenas, de uma norma abstrata do comportamento, pressupõe o entendimento de que a própria prestação se reduz a respostas às regras gerais de diligência.

Esta generalização, como tantas outras, mostra-se essencialmente perigosa e, em especial, no caso da atuação médica, já que outras variantes devem, ainda, ser sopesadas. Por tal razão, é sempre necessária, pelo menos, a análise frente às *pessoas, o lugar, o tempo, o tipo de prestação, se fungível ou não fungível*.

A preparação técnica exigível de um médico, e sua atuação, devem vir presididas, exclusivamente, pela diligência derivada da especialização e dos conhecimentos que se espera tenha ele posse, de modo que isto não diz respeito à diligência de um leigo em matéria médica, mas a de um profissional habilitado (para o que as circunstâncias demandam), havendo, ainda, que fazer-se a devida diferenciação entre *o profissional e o especialista*, além da análise do tempo, do lugar, e do tipo e da capacidade participativa e colaborativa do cliente.

Fora esses elementos há ainda que serem analisados outros enfoques e que são válidos, tanto para um tipo de obrigação, quanto para outro (meio e resultado): a vontade das partes, a natureza e circunstâncias concretas da obrigação e as considerações de equidade, elementos estes, já analisados em capítulo anterior.

Vistos todos estes componentes, um a um, deve-se então comparar a diligência empregada pelo devedor, na sua atuação, com aquela que empregaria um de seus pares, nas mesmas circunstâncias da obrigação contraída.

Ensina Isquierdo Tolsada que na obrigação de meio não existe a figura do incumprimento inimputável.<sup>3</sup> Para este autor, “ou há diligência (e com ela

---

<sup>3</sup> TOLSADA, Ysquierdo. *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 288.

haverá cumprimento, seja com êxito ou com fracasso) ou não há (existindo assim, e só assim, incumprimento, e sempre imputável).

Se o devedor diligente cumpriu sua obrigação de meio, resulta contraditório dizer ao mesmo tempo que o incumprimento se produziu por causas alheias à sua vontade; que existiu incumprimento não culposo; que se produziu uma impossibilidade sobrevinda de cumprir, ou expressões similares. O que houve, sem dúvida, foi o cumprimento.<sup>4</sup> Esta é, pois, uma visão diferente que merece ser mencionada.

Se o objeto da obrigação consiste em uma atividade diligente, em suma, haverá incumprimento – e sempre imputável, no caso da obrigação de meio –, cada vez que a atividade não tenha sido diligente.

Todavia, se ele, devedor, teve a necessária diligência, mesmo não atingindo a meta, ele cumpriu sua obrigação. Então, ocorre que ele não se liberou da responsabilidade por ser inimputável o descumprimento, mas, porque cumpriu sua parte.

---

<sup>4</sup> TOLSADA, *op. et loc. cit.*

## 12. SOBRE A CARGA PROBATÓRIA

### 12.1 A CARGA PROBATÓRIA NAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Desde que DEMOGUE instituiu a reutilização da distinção das obrigações, quanto ao conteúdo, em obrigações de meio e de resultado, tem sido majoritária a opinião de que a maior virtude da referida distinção repousa no regime de prova, ou seja, na possibilidade de deslocar o ônus da carga probatória.

Quando o devedor assume uma *obrigação de resultado*, e o credor não se sente satisfeito com o resultado final, é suficiente, e bastante, indicar que o fim buscado não foi atingido. Isso ocorre, por óbvio, na teoria ou, pelo menos, quando a caracterização de uma obrigação de resultado é usada corretamente (o que, diga-se de passagem, não é a tônica no Brasil).

Caberá ao devedor, então, o ônus de provar que não adimpliu a obrigação por motivo de força maior ou caso fortuito, já que, em uma obrigação de resultado, só o uso da diligência não conta, uma vez que o resultado final e avençado não foi atingido.

No caso de uma *obrigação de meio* haverá responsabilização por incumprimento imputável, sempre que a atividade não tenha sido executada de maneira diligente, ou seja, sem que todos os meios disponíveis, na ocasião, tivessem sido utilizados.

A carga probatória do não uso de todas as possibilidades existentes, e que poderiam levar a um resultado exitoso, cabe ao credor. Esta é a norma genérica clássica adotada também no direito processual civil brasileiro, que determina que a prova de uma obrigação não cumprida cabe a quem de seu incumprimento reclama (art. 333). Ou seja, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e, ao demandado, os fatos impeditivos ou extintivos daquele.

Todavia, convém lembrar que o descumprimento parcial, ou total, fala por si mesmo e, então, a prova da culpa se confunde com a prova do descumprimento e, daí, só caso fortuito ou força maior para elidir a responsabilização do devedor.

### 12.1.1 A Inversão do Ônus da Prova

Mais modernamente, por força do Código do Consumidor, vislumbra-se também a possibilidade da inversão do ônus da prova, em caso de o consumidor ser considerado hipossuficiente ou ser verossímil a sua alegação. (Art. 6º, inc. VII).

Na doutrina, de igual maneira, existe a figura da inversão do ônus da prova. É ela encontrada nos casos em que a prestação obrigacional se reveste das características de uma obrigação de resultado.

No âmbito prático, na área da responsabilidade médica, o que se tem visto é que tanto nas obrigações de meio quanto nas de resultado, a carga probatória incumbe ao credor, em especial quando atua uma pretensão de um cumprimento não atingido e, isto, tanto num caso quanto no outro, ou seja, tanto nas obrigações de resultado quanto nas de meio.

O que quer dizer que, no caso de uma prestação obrigacional de resultado, o descumprimento se verificará pela falta do resultado avençado preteritamente (ou, no caso das cirurgias plásticas, de um resultado que “não agrade” ao paciente, mesmo que tecnicamente bem-sucedido). Então, o conteúdo da prova é o próprio descumprimento do fato, em sentido material.

Dentro do conceito de uma obrigação de resultado – e no caso de um cirurgião plástico que tenha se comprometido com um resultado “X” –, o não atingir este resultado constitui-se em prova da materialidade do incumprimento de sua prestação.

Aliás, esta é uma das razões pelas quais este profissional jamais deve se comprometer com um resultado fixo ou predeterminado, porque, em qualquer cirurgia – seja de cunho estético ou reparador –, o cirurgião estará a trabalhar com a mesma matéria-prima, e sempre comprometida pelo fator álea: o corpo humano.

Conforme já mencionado anteriormente, uma das modalidades de a prestação obrigacional estar inserida em uma obrigação de resultado é o devedor prometer ou se comprometer com um resultado predeterminado ou pré-avençado.

No caso do médico, e em especial do cirurgião plástico, quando ele assegura a seu cliente que determinado resultado será alcançado, ele, médico, estará inserindo, automaticamente, sua prestação obrigacional em uma obrigação de resultado.

No caso de uma obrigação de meio, também caberá ao credor provar que o resultado não atingido deveu-se à falta de uma diligência que seria necessária e devida na atividade do profissional, no sentido de obter – senão a

cura – pelo menos, a melhora de seu paciente. A prova da culpa do devedor fará prosperar a pretensão ressarcitória do credor.

No caso de uma obrigação de resultado caberá ao credor apontar que o resultado não foi alcançado e o devedor – para exonerar-se de sua responsabilidade – deverá provar a interferência de uma causa alheia à sua atividade, como caso fortuito, força maior, conduta da vítima e intervenção de terceiros.

## 12.2 A CONDUTA DILIGENTE E A CARGA PROBATÓRIA

Conduzir-se de maneira negligente pode levar a um mau resultado em uma prestação obrigacional na qual está inserida uma obrigação de meios, bem como impedir o sucesso ou o alcance do resultado avençado em uma prestação obrigacional, na qual está inserida uma obrigação de resultado.

Por tal razão entende-se que, mesmo naquelas situações tidas como obrigação de resultado (ainda que inadequadamente, como na cirurgia estética) – mais importante do que identificar, *prima facie* como inadimplente, o devedor só porque o resultado pretendido não foi alcançado – é perquirir o grau de diligência por ele utilizado.<sup>1</sup>

Havendo ele se servido, diligentemente, de todos os meios disponíveis, então a segunda pesquisa deve se destinar a indagar o porquê de não ter alcançado o objetivo buscado. Esse tipo de conduta tem particular importância na análise da ocorrência de um possível “erro médico”, em especial na área da cirurgia plástica estética.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> O fato de o elemento *diligência* não pesar na avaliação de uma prestação obrigacional do tipo “de resultado”, é mais numa nota em desfavor de seu uso para caracterizar prestação obrigacional na seara médica, onde tal elemento pode ser considerado como um verdadeiro *divisor de águas*.

<sup>2</sup> Cada vez que analisamos um hipotético caso de erro médico, temos como procedimento de rotina em nosso escritório que a primeira via a ser percorrida seja o entendimento do caso, buscando nos compêndios de

Por tal razão é que a análise da diligência utilizada é tão importante pois, às vezes, ocorre (e até com bastante freqüência), que o profissional faz de tudo que estava a seu alcance, usa da técnica mais atualizada e aceita como a melhor e é, ele mesmo, um profissional gabaritado e experiente, no entanto, o melhor resultado ou não é atingido ou, ainda, o que é pior, desenvolve-se, por exemplo, uma cicatrização defeituosa, como o *quelóide*, ou uma terrivelmente antiestética, como nos casos de *necrose de tecido*.

Pergunta-se, então: é possível ocorrer necrose em um processo de cicatrização? O ideal seria que isto não acontecesse, entretanto, é uma das possibilidades de intercorrência prevista em pós-operatórios, especialmente em pacientes obesos e/ou tabagistas.<sup>3</sup>

Entretanto, o médico não tem como prever quando uma *intercorrência* como essa vai acontecer, e ele sabe disso. Sua conduta correta será avaliar os riscos, informar seu paciente convenientemente sobre esses riscos e prepará-lo adequadamente para a possibilidade de ocorrência daqueles. Ato contínuo, deverá usar de toda sua diligência para que o pior não aconteça.

Não há, porém, como negar que o profissional – também – estará jogando com a sorte, graças ao fator álea. Por tal razão, sua prestação

---

Medicina a descrição da técnica cirúrgica utilizada: ela é correta? Está de acordo com o avanço tecnológico e o estágio atual da Medicina? A segunda via é a perquirição referente às intercorrências passíveis de acontecer naquele caso específico, ou seja, quais os fatores negativos que estão naturalmente previstos para o caso, seja pelo estágio do conhecimento médico-cirúrgico, seja pela resposta individualista de cada paciente. Temos observado que na vida prática parece ser bastante difícil para um advogado iniciar ou contestar uma causa da área médica quando ele, advogado, não dispõe de noções básicas sobre a fisiologia do organismo humano, sobre biologia e, bem assim, sobre o que seja a Medicina, seus meandros e a rotina de uma labuta hospitalar.

<sup>3</sup> O nome do cirurgião plástico Dr. Ivo Pitanguy é conhecido e respeitado mundialmente, sendo ele e sua Clínica conceituados entre os melhores do mundo. A **Revista da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica**, em seu nº 09, de 1994, publicou um artigo apresentando pesquisa realizada por aquele cirurgião e colaboradores, sobre dados colhidos em 2.924 casos de Ritidoplastia (plástica da face) executados em sua Clínica, de onde 5,5% dentre os pacientes operados apresentaram hematoma, seguido de infecção localizada e alopecia (perda de cabelo). MACHADO, Bárbara; MARTORANO FILHO, Egidio; PITANGUY, Ivo. **Revista da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica**. *Treatment of Sequels of Rhytidoplasty. From the Clinica Ivo Pitanguy*. Rio de Janeiro. nº 09 (1), 1994, p. 36. Sabendo-se que o hematoma é uma entidade clínica indutora das necroses de retalho de pele, dá para concluir, sem grande esforço mental, que mesmo o melhor dos médicos não tem ingerência sobre determinadas reações do organismo, tão inesperadas, quando mal-vindas. Interessante, também, frisar que dentro da “ideologia” de uma obrigação de resultado, o próprio Dr. Pitanguy poderia ser acionado por 5,5% das suas pacientes de ritidoplastia, pelo não atingimento de um resultado esperado

obrigacional não pode estar inserida radicalmente em uma obrigação de resultado, a não ser que ele, médico, tenha colaborado para isso, comprometendo-se com um resultado predeterminado.

Fora daí, se ele usou de todos os meios e de toda sua diligência, então cumpriu com sua obrigação. Se o melhor resultado não foi alcançado, há que perquirir sua causa em outras searas, que não a atividade do profissional. Inclusive, na participação (ativa ou passiva) do paciente, completada por uma necessária pesquisa nos compêndios médicos sobre as intercorrências possíveis de ocorrer naquele caso específico.

Foi mencionado em capítulo anterior que no âmbito das cirurgias de ossos está prevista a possibilidade de ocorrência de embolia gordurosa dentro de uma porcentagem de 3%; todavia, se o paciente for tabagista inveterado e, à medida que sua idade aumenta, aquela porcentagem pode crescer assustadoramente.

Ora, uma cirurgia ortopédica, nem sempre é eletiva: ela pode ser de emergência ou, até, de urgência, dependendo do caso. Do que se conclui que há determinadas situações nas quais não dá para pedir ao paciente que suspenda seu ato de fumar por, pelo menos, três meses antes da cirurgia, o que seria o ideal.

Então, sabendo daquela previsão estatística de possibilidade de uma intercorrência, tal qual a embolia mencionada, cabe ao médico tomar todos os cuidados para que isto não ocorra mas, nem mesmo ele, terá como prever se aquele determinado paciente estará inserido, ou não, em um referencial estatístico, podendo ser um daqueles 3% (ou mais, dependendo do caso) que apresentarão o quadro embólico.



Portanto, dentro da própria previsibilidade há um grau de imprevisibilidade<sup>4</sup>, que foge totalmente da ingerência do profissional, ao efetuar o procedimento cirúrgico.

Assim, se na própria previsibilidade existe um grau de imprevisibilidade, pode-se, então, tirar daí algumas conclusões:

- a) o fator álea está sempre presente e não pode ser ignorado;
- b) a importância da análise da diligência;
- c) a inadequação de considerar como sendo de resultado uma prestação obrigacional que se desenvolve em áreas de imprevisibilidade e, conseqüentemente, em presença do fator álea.

### 12.3 DISTRIBUIÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA

É opinião doutrinária generalizada que ao demandante cabe o ônus da prova, no que diz respeito aos fatos constitutivos de seu direito e, àquele que se diz demandado incumbe provar o que possa ser considerado como fato impeditivo, ou excludente, em relação ao que lhe é cobrado. No Brasil, este princípio está firmado no art. 333 do Código de Processo Civil.<sup>5</sup>

O Código Civil italiano, no seu art. 2.697, igualmente dispõe: “*Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne*”.

---

<sup>4</sup> No ano de 1635, ao escrever uma de suas magistrais peças teatrais, Calderón de la Barca assim se expressou: “Pouco remédio tem o infalível, e muito risco o que é previsto tem”. BARCA, Calderón de la. *A vida é sonho*. Lisboa: Seara Nova. [19- -], p. 148.

<sup>5</sup> Art. 333 – O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O Código Civil espanhol, art. 1.214, prevê a mesma conduta, ou seja, que a carga probatória das obrigações cabe a quem reclama seu cumprimento, e a de sua extinção a quem a ela se opõe.

Esta postura generalizada e clássica está assente em um duplo princípio: primeiramente, o de que ao autor cabe a prova dos fatos que sejam fundamentais em sua demanda, seja a natureza dos mesmos positiva ou negativa e, por segundo, que ao demandado incumbe opor exceções capazes de provar os fatos em que elas se fundamentem, ou seja, os fatos impeditivos – por oposição à constituição válida do direito – e também os que possam extinguir aquele direito.<sup>6</sup>

Em que pese este conceito generalizado, aceito e ainda em uso, tem havido por parte da jurisprudência, da doutrina e da legislação uma certa flexibilidade em relação a caber o ônus da prova a quem de dano reclama.

Exemplo disso é dado pelo Código do Consumidor, que prevê mesmo a inversão do ônus da prova, no caso em que o juiz possa detectar hipossuficiência da parte a quem caberia provar os fatos ou, ainda, se for verossímil a alegação.<sup>7</sup>

Também no que diz respeito à obrigação de resultado, doutrinariamente, é ela tida como um outro caso de possibilidade de inversão do ônus da prova: ao credor caberia apenas, e tão-somente, indicar que o resultado avençado previamente não foi atingido; por sua vez, o devedor só se

---

<sup>6</sup> Provém da Argentina o seguinte texto de um julgado: “Incumbe la carga probatória a quien afirma la existencia de un hecho controvertido, pero reside en cabeza de todas las partes probar el fundamento de su pretensión, defensa o excepción (conf. Art. 377, Cód. Procesal)”. (CNCiv., sala K, setiembre 7-989. Quintero de Berrueta, Teresa E. contra Asociación Obrera de Socorros Mutuos). JÁ, del 28/2/90, p. 11/12. Conforme SZAFIR, Dora & VENTURINI, Beatriz. *Responsabilidad médica en el Mercosur. Jurisprudencia sistematizada y anotada*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 212.

<sup>7</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII – “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

escusaria da responsabilidade pelas excludentes do caso fortuito ou da força maior.

Assim, consoante informa Crépeau<sup>8</sup>, o credor de uma *obrigação de meios* deve suportar um fardo de prova mais pesado, no sentido de provar a inexecução da obrigação do devedor, haja vista que não lhe será suficiente demonstrar que o resultado buscado não foi atingido, mas, também, que o devedor não agiu com a prudência e a diligência de um *bom pai de família*, o que envolve sempre uma apreciação bastante difícil de ser feita em relação à conduta do devedor.

Contudo, informa o mesmo autor, as coisas já são bem mais simples – em termos de carga probatória –, para o credor de uma *obrigação de resultado*: a ele caberá provar o fato material da inexecução, qual seja, a não obtenção daquele, o que será o bastante para já levantar uma “presunção” de responsabilidade.<sup>9</sup>

No que se refere à seara da responsabilidade médica, informa Zuccherino que a inversão do ônus da carga probatória (do paciente para o médico) se justificaria em situações extremas, tais quais: a falta aos deveres essenciais (atendimento emergencial, risco de vida) à omissão de diligência correspondente à natureza de sua prestação assistencial e, também, nos casos de notória imperícia, imprudência ou negligência, quando se concretizasse o *res ipsa loquitur*.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> CRÉPEAU, *op. cit.*, p. 15.

<sup>9</sup> É de observar-se que o autor menciona a expressão “presunção” de responsabilidade e não de culpa, como querem alguns autores. Conforme já deixamos anteriormente registrado, é nosso entender que a obrigação de resultado gera (em especial no caso do profissional médico) a inversão do ônus da prova e não uma presunção de culpa. Veja-se, também, que o autor colocou entre aspas o vocábulo *presunção*, o que pode sugerir cautela, mera sugestão de qualificação mas, não, uma certeza.

<sup>10</sup> ZUCCHERINO, referindo-se a julgado da Suprema Corte de Justiça de Buenos Aires, julgamento de 22.12.87, acordo de nº 31.702, com voto do Dr. Miguel Amílcar Mercader. *Op. cit.*, p. 88.

## 12.4 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA

A inversão do ônus da prova tem sido matéria cogitada em casos e situações especiais, e a Argentina vem se destacando quanto ao interesse gerado pela possibilidade de utilização de uma *carga probatória dinâmica*.

No Brasil, sobre o tema, Arruda Alvim assim se expressou: “Caso haverá em que se poderá ter dúvida a respeito da distribuição, *in concreto*, do ônus da prova. Um dos critérios preconizados é o de, então, atentar-se para a facilidade com que um litigante faria a prova do fato que lhe interessa e, correlatamente, a extrema dificuldade que essa mesma prova acarretaria se fosse feita pelo outro litigante”.<sup>11</sup>

Interessante observar que nos idos de 1936, já Goldschmidt servia-se do vocábulo “carga” dentro de uma visão um pouco diferente daquela que coincidia com o perfil de um direito estático, ao referir-se que as *situações jurídicas* (no lugar de relações jurídicas) eram compostas por *expectativas*, *possibilidades* e *cargas* e, estas últimas, sendo imperativos do próprio interesse da lide, ocupavam, no processo, o lugar das obrigações.<sup>12</sup>

Comenta Peyrano<sup>13</sup> que, conquanto a obra de Goldschmidt, e sua conhecida *teoria da situação jurídica processual*, tenha sido recebida com muito sucesso, curiosamente os códigos elaborados *a posteriori*, inclusive os de melhor “*factura técnica*”, preferiram não inserir, expressamente, em seus artigos, o vocábulo *carga*.

<sup>11</sup> ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 307.

<sup>12</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 8.

<sup>13</sup> PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Júlio O. *Lineamentos de las cargas probatorias “dinamicas”*. *El Derecho*, Buenos Aires, t. 107, 1984, p. 1.005.

Em obra anterior (1978), Peyrano informa que Carnelucci se lamentava de que o Código de Processo italiano de 1940 estivesse entre os aludidos diplomas legais que se omitiram de usar o conceito de carga “em nome de uma espécie de agnosticismo científico que não tem mais justificação nem adequação com os tempos atuais, não se fez isto; de todo modo, o conceito de *carga* é necessário para traduzir para a linguagem científica um grupo importante de disposições”.<sup>14</sup>

Para Peyrano, a situação “*superestática*” tradicional ligada indissolavelmente à discriminação entre os fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos não mais resulta em pressuposto idôneo para indicar com acerto quem deve suportar – a partir de uma correta perspectiva axiológica –, a carga de provar certos fatos controversos.<sup>15</sup>

Em outras palavras, a *praxis* moderna vem demonstrando que molduras estática ou pré-fixadas, podem resultar, às vezes, em modelos insuficientes ou inadequados.

Para tanto, Peyrano chama a atenção para o fato de que algumas “*nuevas*” regras em matéria de carga probatória estavam se insinuando, no sentido de avaliar adequadamente situações e circunstâncias singulares, desbordadas dos moldes clássicos conhecidos. Dá, em seguida, dois exemplos que bem caracterizariam tal situação. Primeiramente, por falta de prova, deve supor-se que os fatos aconteceram dentro da normalidade da ocorrência das coisas (v.g., durante a noite, a visibilidade não é perfeita).

Por conseguinte, àquele que sustentasse que as coisas aconteceram de maneira diferente do usual, caberia a carga de prová-la (v.g. que a visibilidade

---

<sup>14</sup> PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 59.

<sup>15</sup> PEYRANO y CHIAPPINI, p. 1.006.

noturna, no caso, era perfeita, por existir no local dos fatos alegados, inúmeros e potentes holofotes).

Por segundo, considera-se “*regla de distribución de la carga de la prueba*” colocar a referida prova a cargo da parte que se encontre em melhores condições para produzi-la.<sup>16</sup>

Conclui, posicionando-se totalmente a favor da *teoria da carga probatória dinâmica*, por entendê-la compatível com a ideologia do pioneiro, segundo ele, da “*carga procesal*” (referindo-se a Goldschmidt), a quem repugnava toda visão estática do drama processual, enquanto dialética de interesses contrapostos.<sup>17</sup>

Como complemento, Bustamante Alsina<sup>18</sup> propõe uma exceção para o conceito de aplicação da carga probatória dinâmica, a qual, segundo ele, “*se compadece com el criterio de equidad em la relación procesal entre las partes*”, e diz respeito a determinar uma presunção *homini* de culpa contra a parte que se reserva o direito de ter uma conduta passiva para demonstrar sua não-culpa, quando se achava em condições mais favoráveis para fazê-lo.

A favor da teoria da carga probatória dinâmica, a V Jornada Rioplatense de Direito, aprovou uma recomendação, segundo a qual, “*En supuestos de responsabilidad subjetiva, la culpa debe ser acreditada por el actor. Por tratarse de su propio obrar, el profesional demandado generalmente se encuentra en mejores condiciones de aportar los elementos técnicos demostrativos de su conducta diligente*”.

---

<sup>16</sup> PEYRANO y CHIAPPINI, p. 1.006.

<sup>17</sup> *Ibid. id.*, p. 1.007.

<sup>18</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Prueba de la culpa médica. La ley*. Exemplar de 15.10.92. Citado por VASQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio. *Prueba de la culpa médica*. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1993, p. 151.

Em outras palavras, é o eco concretizado da teoria das cargas probatórias dinâmicas, e do que se pode concluir que, na prática, se concretiza como uma carga probatória repartida, não bastando uma atitude meramente passiva do profissional demandado, como seria de se esperar se acordo com os moldes clássicos, por conta dos quais cabe ao autor da demanda provar os fatos alegados.

Interessante lembrar que no Brasil, quanto aos processos contra médicos – mesmo nas ações desencadeadas por uma possível “obrigação de resultado” inadimplida –, a prática tem demonstrado que não ocorre a inversão do ônus da prova, como teoricamente seria de se esperar, mas cada uma das partes procura oferecer o máximo de provas no sentido de comprovar, respectivamente, a culpa e a não-culpa.

Para Vázquez Ferreyra, essa nova distribuição da carga probatória – que leva em conta quem está em melhores condições de provar um fato –, amolda-se muito bem a um tipo de direito processual (também novo), que exige uma maior participação de todos os que intervêm em uma contenda judicial. Desta forma, lograr-se-ia uma maior igualdade das partes, bem como estariam satisfeitos alguns dos imperativos genéricos de justiça.<sup>19</sup>

O autor acima comenta, com surpresa, o desenvolvimento e a aceitação que teve, no campo da responsabilidade civil médica, a *teoria das cargas probatórias dinâmicas*, desde a primeira edição de sua obra, agora em comento, e que data de 1991, estando o tema – antes afeito apenas à seara do Direito Civil –, sendo agora tratado, também, pelo Direito Processual.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> VAZQUEZ FERREYRA, *op. cit.*, p. 149.

<sup>20</sup> A este propósito cita que a Comissão de Direito Processual da Quinta Jornada Bonaerense de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático, celebrada em Junín, em outubro de 1992, aprovou o seguinte despacho: “Comisión I: 1) ... 2) *La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales non funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa en desplazamiento del onus probandi según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, v. gr., en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del*

Peyrano, a quem Vázquez Ferreyra atribuiu a paternidade da doutrina das cargas probatórias dinâmicas (ao menos na sua exposição de maneira orgânica), expressa sua expectativa no sentido de que os juristas e os julgadores saibam rechaçar a tentação de considerar a doutrina das cargas probatórias dinâmicas como uma regra de inversão da carga da prova (o que não é), mas qualificá-la como uma regra não apriorística que impõe um tipo de colaboração entre autor e demandado na coleta do material probatório.<sup>21</sup>

E, conclui Vázquez Ferreyra que não só não se trata de uma inversão do ônus da prova, como tampouco significa que o paciente possa adotar uma posição mais cômoda na demanda, pois a ele corresponde provar todos os fatos indiciários. Entende o autor, que são justamente essas provas que levarão o julgador a uma convicção – por presunção *hominis* – da culpa do profissional médico.<sup>22, 23</sup>

Por último, Ghersi<sup>24</sup> informa que o artigo 1554 do Projeto de Reformas ao Código Civil argentino adota a “*teoría probatoria dinámica*”, por conta da qual, ambas as partes suportam a carga da prova, recaindo esta, especialmente, sobre aquele que se encontra em situação mais favorável de demonstrar a realidade do fato envolvido na lide.

---

*emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos*”. Apud VAZQUEZ FERREYRA, *op. cit.*, p. 150.

<sup>21</sup> PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*. In **Las responsabilidades profesionales**. La Plata: Ed. Platense, 1992, p. 265-66.

<sup>22</sup> VAZQUEZ FERREYRA, *op. cit.*, p. 158-59.

<sup>23</sup> Em julgado proveniente do vizinho país argentino lê-se o seguinte: “*Si se hace patente que hubo falta de diligencia en ciertos aspectos abstractos, tales como falta de información al paciente, historia clínica mal confeccionada, desatenciones respecto al asistido, etc., tales actitudes podrán habilitar al juez para extraer presunciones judiciales de culpa o bien para aplicar el criterio del favor probationes o la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas poniendo a cargo del dañante demandado la carga de probar su inculpabilidad*”. Trib. Coleg. Única del Juicio Oral n° 6, sent. n° 384, 21/12/92, en autos “B., G. c. Sanatorio R. G. s/daños y perjuicios”. Cf. VAZQUEZ FERREYRA, *op. cit.*, p. 157-58.

<sup>24</sup> GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad profesional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p. 32.



## 12.5 OUTRAS TENDÊNCIAS

Zuccherino ainda acrescenta que, contanto na jurisprudência portenha predomine uma idéia clássica no sentido de exigir uma prova que corrobore a relação entre culpabilidade e dano, todavia, pouco a pouco, um outro critério vai abrindo caminho, qual seja, aquele que se propõe a deslocar a exigência probatória para estabelecer, primeiramente, a relação entre causalidade e culpabilidade.<sup>25</sup>

Desde que Demogue relançou a classificação das obrigações quanto ao conteúdo, em obrigação de meio e de resultado, umas das críticas favoráveis à tal distinção seria a maior facilidade de distribuição da carga probatória, ficando aquela para o credor, em caso de obrigação de meios, e ocorrendo a inversão do ônus, quando a obrigação fosse de resultado.

Em desacordo ao fato de ser a distribuição da carga probatória a consequência mais abrangente que é produzida por aquela distinção, Jordano Fraga entende que o que pesa é o diferente conteúdo da mesma, em razão da diferença do próprio conteúdo da prestação.<sup>26</sup>

Segundo esse autor, tanto na obrigação de meio quanto na de resultado, a carga da prova da obrigação incumbe ao credor, quando atua a pretensão de cumprimento. Enquanto, na pretensão de ressarcimento por incumprimento, lhe incumbe, ainda, provar a materialidade do descumprimento.

Ou seja, “sendo o conteúdo da prova do credor o incumprimento como feito (em sentido material), este sempre consiste na falta de um resultado devido

---

<sup>25</sup> ZUCCHERINO, p. 91.

<sup>26</sup> FRAGA, Jordano Francisco. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Ed. Civitas, 1987, p. 181.

(*in obligatione*), a saber, a falta de uma atividade diligente devida (*obrigação de meio*), ou a falta da produção do *opus* devido (*obrigação de resultado*)”.<sup>27</sup>

Para, então, concluir afirmando que corresponderá ao devedor, de posse da prova da impossibilidade liberatória, excluir a relevância desse incumprimento inicialmente provado pelo credor pois, uma vez extinta a obrigação, aquele resultado de cuja falta se queixa o credor, já não é mais devido e, portanto, não cabe falar nem de responsabilidade, nem de incumprimento.<sup>28</sup>

Todavia, conforme já mencionado, o descumprimento parcial ou total fala por si mesmo (*res ipsa loquitur*) e, então, a prova da culpa se confunde com a prova do incumprimento, daí porque se fala que só caso fortuito ou força maior seriam suficientes para elidir a responsabilidade do devedor.

No caso das obrigações de resultado, ao credor bastaria dar a prova da obrigação para exigir a responsabilização por incumprimento, cabendo ao devedor provar, ou o cumprimento, ou o caso fortuito.<sup>29</sup>

Não lhe bastará demonstrar que atuou sem culpa, mas provar, também, a ausência de nexo causal. O resultado não obtido já é um incumprimento, todavia este será inimputável se conseguir demonstrar que por trás da causa que o desencadeou (a falta de êxito), não está a conduta do devedor.

---

<sup>27</sup> FRAGA, *op. cit.*, p. 181.

<sup>28</sup> FRAGA, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>29</sup> Igual postura encontra-se no **Código das Obrigações suíço**, que determina em seu art. 97: “Estabelecida pelo credor a inexecução do contrato, cabe ao devedor provar que ele não cometeu nenhuma falta”. Bem assim o **Código Civil português** que, no seu art. 799 preleciona: “Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”, culpa esta que será apreciada de acordo com o art. 487.2 “na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”. Entendemos que os portugueses estão cobertos de razão, quando enfatizam a necessidade de serem analisadas as circunstâncias de cada caso, o que, em especial na casuística médica, é de fundamental importância, pela individualidade de resposta do seu campo de trabalho, qual seja, o organismo humano.

Em se tratando das obrigações de meio, o problema central não se situa na causa ou na não-causa, mas trata-se, antes, de avaliar a existência de culpa, ou da ausência dela, na atuação do devedor.

Uma inversão do ônus da prova se justifica, muitas vezes, pela melhor situação do devedor para provar a não imputabilidade do incumprimento, já que ele, devedor, pode conhecer, muito melhor que o credor, a causa, ou as causas do fato que gerou o descontentamento daquele.

Assim, a exigência da prova da culpa do devedor, pedida pelo credor para determinar um incumprimento na seara das obrigações de meio, não supõe propriamente uma inversão do ônus da prova, mas a possibilidade da existência de uma condição mais favorável à obtenção das provas necessárias para provar a existência de um incumprimento da prestação em sentido material, determinando se houve ou não emprego da necessária diligência que a prestação obrigacional estava a exigir.

## 13. EXCLUDÊNCIAS NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

### 13.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O fato de ser considerada, ainda, como de resultado, a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético e também a do anestesiológico, poderia levar a concluir que aqueles profissionais só se isentariam de serem responsabilizados, em caso de não adimplirem suas prestações, pela prova de ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Por certo, os fatos na prática não se desenrolam assim com essa simplicidade e nem dentro de uma precisão quase matemática.

Mesmo considerando-se que um resultado deva ser atingido – e esta é a razão de ser dos contratos e das obrigações – no caso da atuação médica, seja qual área ou especialidade for, incluindo-se a cirurgia plástica, dita estética, e também a anesthesiologia, além de serem várias as excludentes de responsabilidade a serem analisadas, tirante as duas citadas, uma outra análise há que ser feita previamente.

### 13.2 ELEMENTOS QUE PODEM INTERFERIR NA RESPONSABILIZAÇÃO

Ao tentar determinar a existência ou não de culpa do profissional médico, mister se faz a perquirição de alguns elementos, que por ordem de importância poderiam ser vistos assim:

Por primeiro, saber dos *meios* utilizados pelo profissional para obter o resultado ambicionado; por segundo, qual a *medida da diligência* por ele usada ao servir-se daqueles meios; por terceiro, a análise da *participação do paciente*: a participação ativa (conduta) e a passiva (orgânica) no resultado final, não exitoso, ou em discordância com o avençado.

Em que medida o paciente fez a sua parte na relação contratual existente entre ele e seu médico, por conta da qual ambos têm direitos e deveres? Em que medida seu organismo respondeu dentro dos níveis considerados normais? Houve uma resposta positiva, ou as *intercorrências* previstas se manifestaram?

A par disso, ainda importa a análise paralela de outros três elementos: *o médico* (se é especialista ou não), *o tempo* e *o lugar*.

A menção de todos esses elementos permite uma conclusão: o quanto é mais importante perquirir, em primeiro lugar, a causa e, só depois, a culpa. No caso da avaliação da responsabilidade do médico, então, esta conduta torna-se essencial, ou ter-se-á à mão uma grande chance de incorrer em erro.

### 13.3 POSSIBILIDADES DE EXCLUDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE

Observados todos aqueles elementos, é o momento de análise das outras *possibilidades de excludência*, já que o médico poderá não ser responsabilizado por dano ocorrido com seu paciente se, no curso de sua atuação profissional, configurarem-se uma das excludentes da responsabilidade civil que, conseqüentemente, também dizem respeito à responsabilidade médica, a saber:

- a. caso fortuito;
- b. força maior;

- c. culpa exclusiva da vítima;
- d. fato de terceiros;
- e. fato das coisas.

### 13.3.1 Caso Fortuito

Apesar de a conduta do médico ser correta e adequada aos seus deveres profissionais, danos podem ocorrer como consequência de fatos estranhos – alheios tanto ao seu proceder quanto ao comportamento do paciente –, não tendo, pois, aquele profissional, condições nem de prevê-los, nem de impedi-los.

São consideradas como incidência de caso fortuito, as ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico, e que guardam as características da *imprevisibilidade*, da *inevitabilidade* e da *irresistibilidade*.

Como exemplo de tais situações, pode-se citar o caso do profissional médico que prescreve medicamento de uso corrente, e o resultado se mostra diferente do usual, podendo levar o paciente à morte. Ou, ainda, quando ele emprega procedimento habitual e o paciente apresenta reação imprevista ou idiossincrásica (alergia, hipersensibilidade, choque anafilático, entre outras).

No que diz respeito à atuação médica, importante também é não confundir *caso fortuito* com *conduta negligente*, ou *imprudente*. Daí, mais uma vez salta aos olhos o valor da análise da *diligência* despendida por aquele profissional no cumprimento de sua prestação obrigacional.

O mau resultado, advindo por caso fortuito, reveste-se das características da *inevitabilidade*, *imprevisibilidade* e *irresistibilidade*, enquanto um mau resultado advindo por *imperícia*, *imprudência* ou *negligência* seria

plenamente evitável, se fosse outra a vontade e a conduta do profissional, ou seja, se ele tivesse adotado uma *postura correta e diligente*.

### 13.3.2 Força Maior

A força maior, em sentido genérico, constitui-se em um poder ou uma razão mais forte do que a daquela que atua, sendo decorrente da qualidade de *irresistibilidade* de um determinado fato que, por sua potencialidade exacerbada, vem impedir a realização, ou modificar o cumprimento de uma obrigação, à qual estava adstrito o devedor.

Contudo, os efeitos jurídicos, tanto do caso fortuito quanto da força maior são assemelhados, em razão da impossibilidade de serem evitados, já que nenhuma força os pode impedir de atuar.

Autores como Cunha Gonçalves<sup>1</sup> todavia, entendem haver uma possibilidade de diferenciação, pois *caso fortuito* – que no seu sentido etimológico quer dizer *o que vem ao acaso, sem previsão, por acidente* (do latim, *fors*) – não pode ser previsto, pelo fato de mostrar-se superior à força ou à vontade do homem.

Já a *força maior*, no entender do autor citado, diz respeito ao fato que se prevê, ou que pode ser previsível mas, que, igualmente, não é possível evitar, visto ser, também, mais forte que a vontade ou a ação do homem. Aí estariam incluídas situações tais quais tempestades, enchentes, terremotos, revoluções e guerras. Todos eles elementos são, sem dúvida alguma, previsíveis, sendo, porém, inevitáveis.

---

<sup>1</sup> CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1967, v. 1, t I, p. 69.

### 13.3.3 Culpa Exclusiva da Vítima (paciente)

A *culpa exclusiva do paciente* libera o médico de toda e qualquer responsabilidade pelo dano sofrido por aquele. Assim, em não havendo culpa por parte do médico, não há que falar-se em reparação.

Exemplificando: se, após uma cirurgia ortopédica, o médico prescreve a seu paciente o uso de muletas e exercícios fisioterápicos e aquele descumpre as determinações, ou as faz de maneira errônea ou desinteressadamente, então, as conseqüências negativas de uma cicatrização óssea defeituosa, ou de uma atrofia, não poderão ser imputadas ao facultativo.

Havendo *culpa concorrente da vítima e do médico*, não estaria configurada a excludência de responsabilidade, mas, sim, a presença de uma *responsabilidade bipartida*, em que cada uma das partes responderia pela parcela de culpa que lhe coubesse.

### 13.3.4 Fato de Terceiros

Um terceiro que possa isentar o médico de responsabilidade, só quando este termo estiver a se referir a pessoas estranhas ao corpo médico, já que o profissional é responsável por seus prepostos, tais quais, enfermeiros, auxiliares e instrumentadores e, neste caso, fala-se de responsabilidade pelo *fato de outrem*.

Entretanto, no que diz respeito ao profissional médico e seus auxiliares, sua responsabilidade deriva do art. 1.521 do Código Civil, que prevê ser responsável “o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele”.



E a Súmula 341, do STF, dispõe em complementação: que “é presumida a culpa do patrão, amo ou comitente pelo ato culposo de empregado ou preposto”.

O médico, e em especial o cirurgião, é tido como chefe de equipe; como tal, é responsável por ela. No que diz respeito à figura do anestesiológico, a atual corrente jurisprudencial tem se dirigido no sentido de entender que – com a evolução e o aprimoramento das técnicas médicas –, operou-se uma divisão de trabalho, sendo que a concepção unitária do ato cirúrgico está em vias de ser considerada como um conceito ultrapassado. Portanto, a noção de ato destacável está a encontrar plena receptividade na seara da responsabilidade médica.

Assim, um *fato de terceiro*, que pudesse isentar o médico de responsabilidade, concretizar-se-ia por conta de um dano ocasionado por interferência, ou ato, de alguém próximo ao paciente, como um familiar seu ou, ainda, por erro de farmacêutico ou erro de laboratório. Em resumo, de alguém que não faça parte da equipe médica, ou se estaria a falar em *fato de outrem*.

#### 13.3.5 Fato das Coisas

O uso de bisturis, tesouras, pinças, aparelhos de hemodiálise, raios *laser*, raios X, aparelhos eletro-eletrônicos, bombas de cobalto, instrumentos ortopédicos e cirúrgicos, em suma, qualquer objeto que possa ser classificado como aparelho médico-hospitalar pode gerar a responsabilidade para o médico, ou para o hospital.

Por conta de um acentuado avanço tecnológico, conforme comenta Trigo Represas, não há como não concluir que a par de novos benefícios, vem conjugado, em contrapartida, um incremento de riscos.<sup>2</sup>

Informa Bueres que o problema foi suscitado primeiramente em França, insinuando-se (não só pela via pretoriana mas, também, pela doutrina), a possibilidade de ser presumida a responsabilidade do médico, enquanto *guardião* do objeto danoso e, isto, com fundamento no risco, como fator de atribuição objetiva.<sup>3</sup>

No que diz respeito à cirurgia, mas dentro de conceitos de validade genérica, Bustamante Alsina<sup>4</sup> comenta que a responsabilidade objetiva por risco só pode configurar-se quando o dano é causado pelo fato da coisa, e não pelo ato próprio do médico, que consiste na intervenção cirúrgica praticada. Entende esse autor que – por mais que seja importante e decisiva para o ato cirúrgico a utilização de instrumentos – não pode subestimar-se o que é fundamental no mesmo, ou seja, o esforço e a diligência empregados pelo cirurgião, em função da técnica operatória utilizada, de seus conhecimentos da ciência médica e de sua idoneidade ética e profissional.

Ao longo de todo este trabalho temos insistido na necessidade de não confundir *inversão do ônus da prova* com *culpa presumida*, pois seria o mesmo que tornar objetiva a responsabilidade de um profissional, declaradamente subjetiva por força da lei. Todavia, a análise do tema em questão demonstra que ele será objetivamente responsável pelos danos causados por material sob sua guarda e de sua utilização.

---

<sup>2</sup> TRIGO REPRESAS, Félix. *Reparación de daños por mala praxis médica*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, p. 64.

<sup>3</sup> BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, v. 1, p. 495.

<sup>4</sup> BUSTAMANTE ALSINA. Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión. *La Ley*, 1976-C-64. Citado por BUERES, v.1, p. 514.

No entender de Zavala de Gonçalves, existem numerosas atividades na vida que medeiam um risco anexo, forçoso e inseparável, como o exercício da Medicina, do que conclui ser inadequado inseri-la, genericamente, em uma responsabilidade objetiva. O médico, segundo a autora, não cria riscos (no *stricto sensu*), senão que este é imposto pelo estado de saúde do paciente. Não só a atividade médica não desencadeia ou libera o risco, mas o enfrenta e trata de driblá-lo.<sup>5</sup>

Trigo Represas salienta caber ao médico como que uma *obrigação de segurança* ou de *resultado* em relação às coisas que emprega no desempenho de sua profissão, qual seja, a de assegurar que aqueles elementos dos quais se serve (instrumentais e aparelhos) terão um efeito que não seja danoso ao paciente. Separa o autor, contudo, o dano que desborda da atividade do médico – que denomina ato médico puro – e do seu controle sobre o material utilizado. O que não vier a se inserir nestas características será de plena responsabilidade do profissional e, correlativamente, liberará o paciente lesado da carga de provar a culpa do médico.<sup>6</sup>

Mosset Iturraspe entende que o devedor só pode se eximir, em caso de descumprimento, demonstrando a ocorrência de caso fortuito, entendendo que o vício ou o risco da coisa não é um fato estranho, mas um fato próprio, devendo o médico se responsabilizar por tanto.<sup>7</sup>

Quanto aos estabelecimentos de saúde, Bueres<sup>8</sup> entende que existe, também, em relação a eles, o mesmo dever de *segurança/resultado* pelas coisas empregadas (assim, hospital e médico estariam envolvidos, enquanto sujeitos de uma relação jurídica obrigacional), com caráter acessório de dever jurídico

---

<sup>5</sup> ZAVALA DE GONÇALVES, Matilde. *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p 62.

<sup>6</sup> TRIGO REPRESAS, op. cit., p. 74. Nessa mesma linha de pensar ainda estão os autores franceses Mazeaud et Tunc e Le Tourneau.

<sup>7</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1979, p. 156.

<sup>8</sup> BUERES, op. cit., v. 1, p. 507.

principal de natureza assistencial (sem distinção de que sejam donos ou meros guardiães).

Preleciona aquele autor que quando o médico desempenha funções em uma clínica, mesmo dela não sendo *dependiente*, ainda assim responde ele por qualquer ação danosa que as coisas de propriedade da clínica possam vir a ocasionar, e isto ocorre na qualidade de *devedor direto*, sem prejuízo de que possa ser apenas guardião.

Comenta Bueres<sup>9</sup> que outro autor, Mosset Iturraspe, entende que o médico *dependiente* de uma clínica, ainda que se sirva das coisas dessa clínica como meio de trabalho, não pode ser catalogado como guardião daquelas, já que não é dono delas. Parece-lhe correto supor que ao não ter o profissional aquilo que ele chama de *poder jurídico* ou de *poder de fato*, passa, então, a ser alheio aos vícios e riscos da coisas, já que tais fatos são imprevisíveis e inevitáveis.

Como pode ser concluído, as opiniões não são unânimes sobre o tema. Em nosso entender, e no que diz respeito à responsabilidade pelo fato das coisas, há que serem analisadas duas possibilidades distintas de ocorrência desta responsabilidade:

- a) O dano é causado pelo médico, por intermédio do aparelho;
- b) O dano é causado pelo próprio aparelho, independentemente do cuidado do profissional.

Na primeira situação, não há como não reconhecer ser o médico responsável pelo dano que ocasionar a seu cliente, por meio dos instrumentos ou aparelhos por ele utilizados, quando este dano advém pelo não domínio da respectiva técnica do uso e do manejo, ou por utilizar o aparelho em condições inadequadas de funcionamento.

---

<sup>9</sup> *Ibid. id.*, p. 507.

No segundo caso, se o dano ocorreu por defeito do aparelho, então, entra-se no campo da responsabilidade objetiva do fabricante, do importador ou comerciante e nos domínios do Código do Consumidor. Caberá ao médico – se ou quando acionado –, chamá-los à responsabilidade, ainda que em *ação de regresso*.

O Código Civil português dispõe de um artigo bastante apropriado a este tipo de situação, englobando as duas possibilidades acima citadas:

Art. 493º, nº 2 – *“Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se demonstrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”*.

No Brasil, o Código do Consumidor prevê a responsabilidade objetiva, ou seja – independentemente da existência de culpa –, pelos danos decorrentes de defeitos de projeto, fabricação, construção e montagem de produtos (art. 12). Bem assim, o prestador de serviços será responsabilizado em relação aos defeitos referentes àquela prestação (art. 14).

A par das análises acima mencionadas há que se perquirir se o equipamento, instrumento ou ferramental utilizado, por ocasião do dano ocorrido, pertence ao médico, sendo de seu uso particular em seu consultório e/ou clínica, ou se pertence a um hospital, podendo ser utilizado por diversos outros profissionais.

Parece ser lógico concluir que, no primeiro caso, o profissional terá responsabilidade total, já que é possível entender que o equipamento, o instrumento ou o ferramental são como a extensão de sua mão.

Quanto ao segundo, parece ser justo pretender uma responsabilidade bipartida, pois mesmo o aparelho pertencendo ao nosocômio, nada impede que

o médico se certifique de sua capacidade de funcionamento, antes de dele se servir. Em caso de pedido de indenização – e sendo apenas a pessoa do médico acionada por dano ao paciente –, cabe-lhe o direito de uma ação de regresso contra a entidade hospitalar.

## 14. ALTERAÇÕES E DINÂMICA DOS SERES VIVOS - A UNIVERSALIDADE DE CADA SER

### 14.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O melhor de uma peça teatral, ou de um concerto, é sempre reservado para o final do espetáculo. O presente capítulo, dentro da despretensão de todo, o trabalho, representa – ainda que com modéstia – também, um *gran finale*.

Ao longo de vários capítulos que compõem esta tese, temos insistido com veemência em uma mesma tecla, qual seja, a subjetividade do ser: o quanto cada elemento vivo pode ser – e é – único em sua existência, constituindo um sistema, um universo em si mesmo.

E, agora, antes de adentrar o terreno das proposições, que entendemos cabíveis, e das conclusões, que se fazem necessárias, sob a força de um comando maior de cunho tão inexplicável quanto poderoso, externamos algumas reflexões que tramitam entre a Bioquímica e a Filosofia para tentar, qual canto do cisne, e num último alento, embasar o que julgamos importante sobre a subjetividade, a imponderabilidade e a imprevisibilidade do ser.

De acordo com a teoria da autopoiese, um sistema vivo interage com seu meio ambiente por intermédio de “acoplamento estrutural”, isto é, por meio de interações recorrentes, cada uma das quais desencadeia mudanças estruturais no sistema. Por exemplo, uma membrana celular incorpora continuamente substâncias extraídas do seu meio ambiente e introduzidas nos processos metabólicos da célula. O sistema nervoso muda sua conexidade com cada percepção dos sentidos. No entanto, esses sistemas vivos são autônomos. O meio

ambiente apenas desencadeia as mudanças estruturais; ele não as especifica nem as dirige.<sup>1</sup>

Em nossa Dissertação de Mestrado, consideramos de relevante importância a inclusão de um capítulo que tratasse da tênue linha divisória existente entre o normal e o patológico, onde e quando ficou demonstrado que muitas vezes aquele se mostra como este, e vice-versa<sup>2</sup>, numa clara indicação de que o biológico não é um mundo previsível, mas conjecturável.

## 14.2 O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E A INTERAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE

O *acoplamento estrutural*, de acordo com os cientistas que o estudaram,<sup>3</sup> é um meio precioso para estabelecer a sensível diferença entre as várias maneiras pelas quais os sistemas vivos (e também os não vivos) podem interagir com seu meio ambiente. Entende-se por *acoplamento estrutural* a interação existente entre os componentes de uma rede (de vida), de tal maneira que toda a rede regula e organiza a si mesma.

Ensina Capra que “assim como um organismo vivo responde a influências ambientais com mudanças estruturais, essas mudanças, por sua vez, alterarão seu comportamento futuro. Em outras palavras, um sistema estruturalmente acoplado é um sistema de aprendizagem”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 177. Com base em pesquisa realizadas por Humberto Maturana e Francisco Varela. *Autopoiese: padrão de organização dos sistemas vivos*. p. 135.

<sup>2</sup> Como exemplos: a dor que é tida como indício de doença; não obstante há enfermidades que não são acompanhadas de dor, enquanto um pequeno corpo estranho no olho pode levar a dores indizíveis. De igual maneira, tanto a ausência da dor, quanto a presença do prazer, podem constituir-se *também* em sintomas patológicos, assim como a própria insensibilidade. Circunstâncias que fazem sofrer a uma pessoa comum, podem gerar sensação de gozo naqueles que têm desvios de fundo psicológico. Entretanto, há estados puramente fisiológicos que podem, naturalmente, vir acompanhados de dor, como o parto, a fome, a fadiga.

<sup>3</sup> Assunto da predileção de Ilya Prigogine, Humberto Maturana, Francisco Varela e Fritjof Capra, entre outros.

<sup>4</sup> CAPRA, p. 177



Esta assertiva pode ser confirmada pela simples observação dos fatos que ocorrem conosco, ou ao nosso redor.

Servindo-se de um exemplo dado pelo ator supracitado, explica-se, exemplificando, pelo fato que chutar uma pedra e chutar um cão são duas histórias muito diferentes, ou seja,

a pedra *reagirá* ao chute de acordo com uma cadeia linear de causa e efeito. Seu comportamento pode ser calculado, aplicando a ele as leis básicas da mecânica newtoniana. O cão *responderá* com mudanças estruturais de acordo com sua própria natureza e com seu padrão (não-linear) de organização. O comportamento resultante é, em geral, imprevisível.<sup>5</sup>

Transportando esse mesmo tema para a seara médica, pode-se inferir que imprevisíveis são, também, as possibilidades de reação orgânica de um determinado número de pacientes, quando comparados relativamente a uma mesma situação.

O que equivale dizer que um resultado obtido em um organismo, pelo uso de determinada técnica ou de determinado medicamento, pode se mostrar completamente diverso em outra pessoa, mesmo sendo observados os mesmos padrões utilizados anteriormente.

E essa variável é a única constante que persiste, tal qual um padrão, apresentando-se todo o resto como conjecturável, sendo previsível apenas até um certo limite.<sup>6</sup>

Surge daí a indagação: como entender esta possibilidade de previsibilidade? Como explicar a possibilidade de algo que funciona de uma maneira para determinado indivíduo, enquanto, para outro, nas mesmas circunstâncias e condições, apresenta resultante diversa?

---

<sup>5</sup> CAPRA, p. 177.

<sup>6</sup> E, então, não há como não voltar no tempo e recordar o pensamento filosófico de Heráclito, quando disse que só existe uma constante: as mudanças. Para então concluir: o mesmo homem não se banha no mesmo rio duas vezes...

De acordo com Maturana, o comportamento de um organismo vivo seria determinado; todavia, ao invés de ser determinado pelas forças externas, tal fenômeno ocorreria por força da própria estrutura do organismo. Por isso, explica este autor, o comportamento do organismo vivo é, ao mesmo tempo, determinado e livre, ou seja, o fato de o comportamento ser determinado pela estrutura não significa que ele possa ser previsível. A estrutura apenas “condiciona o curso de suas interações e restringe as mudanças estruturais que as interações podem desencadear nele”.<sup>7</sup>

Tal informação, por sua vez, nos remete aos ensinamentos de Ilya Prigogine: quando um sistema vivo atinge um ponto de bifurcação, seria a sua história de acoplamento estrutural que determinaria as novas possibilidades que estariam disponíveis, MAS QUAL caminho o sistema tomará, é uma incógnita.<sup>8</sup>

Ou seja, é devido ao acoplamento estrutural, que chamamos de “inteligente” o comportamento de um animal, mas não seria adequado aplicar o mesmo termo ao comportamento de uma pedra.<sup>9</sup>

O fato de reagir e responder às influências ambientais a partir de mudanças estruturais favorece uma alteração de comportamento futuro. Assim, conclui Capra, que enquanto permanecer vivo, um organismo se acoplará estruturalmente com seu meio ambiente.

Essa informação, por sua vez, nos remete a uma outra (e ao passado): as idéias de Charles Darwin sobre mudança evolutiva e gradual combinadas com a descoberta de Charles Mendel sobre a estabilidade, resultou na síntese conhecida como neodarwinismo, ou teoria da evolução estabelecida.

---

<sup>7</sup> MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *The tree of knowledge*. Boston: Shambhala, 1987, p. 95. Na versão em português: *A árvore do conhecimento*. As bases biológicas do entendimento humano. Trad. Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1995, p. 88-9

<sup>8</sup> Sobre este assunto ver: PRIGOGINE, Ilya. *Dissipative structures in chemical systems*. In Stig CLAESSEN (org.). *Fast reactions and primary processes in chemical kinetics*. Nova York: Interscience, 1967. E, ainda, *The philosophy of instability*. *Futures* 21, 4, p. 396-400, 1989.

<sup>9</sup> CAPRA, p. 176.

Segundo a teoria neodarwinista, toda variação evolutiva resulta de mudanças genéticas aleatórias, mudanças essas que favorecem e propiciam a seleção natural.

Vale, a propósito, reproduzir o seguinte exemplo: se uma determinada espécie de animal necessita de uma pele espessa, ou de mais pêlos, a fim de sobreviver em um clima acentuadamente frio, essa espécie não responderá ao apelo biológico fazendo com que cresça o pêlo (ou espesse a pele); ao invés disso, desenvolverá mudanças genéticas aleatórias, e os animais – cujas mudanças tenham como resultante a produção de pele espessada ou de mais pêlo –, sobreviverão para dar continuidade à espécie, reproduzindo uma prole com as mesmas características.<sup>10</sup>

Essa teoria é, atualmente, vista com reservas pelo fato de se basear em conceitos reducionistas e por ter sido formulada em uma linguagem matemática inapropriada, já que “a linguagem da vida é a química”.<sup>11</sup>

Contudo, mesmo superada, total ou parcialmente, vale a citação no sentido de demonstrar que a busca pela compreensão da *ainda não compreensível, e não totalmente explicada*, “máquina biológica”, persegue o seu representante maior através dos séculos e perdura até os dias contemporâneos.

E para onde caminham as tendências atuais? Informa Capra que a tendência atual caminha no sentido de “entender o genoma de um organismo como se ele fora uma rede intensamente entrelaçada, e a estudar sua atividade a partir de uma perspectiva sistêmica”,<sup>12</sup> portanto, deixando de lado a concepção reducionista do genoma, na visão neodarwinista, e a perspectiva mecanicista da biologia convencional, o que equivale dizer que devemos entender um genoma

---

<sup>10</sup> CAPRA, p. 180-1

<sup>11</sup> CAPRA, p. 181.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 181.

como uma rede auto-organizadora, capaz de produzir novas formas de ordem dentro de um mesmo sistema.<sup>13</sup>

#### 14.2.1 As Estruturas Dissipativas de Prigogine

Ainda que remotamente, mas por analogia, a teoria neodarwinista nos transporta à *teoria das estruturas dissipativas* de Prigogine, que demonstra como sistemas bioquímicos complexos – operando afastados do equilíbrio –, geram laços catalíticos que levam à instabilidade e podem produzir novas estruturas de ordem superior. Entenda-se *estrutura dissipativa* como sendo a estrutura dos sistemas vivos e Prigogine ao combinar os dois termos “estrutura” e “dissipativa”, o fez com o intuito de enfatizar as duas tendências aparentemente contraditórias que coexistem em todos os seres vivos.<sup>14</sup>

Esses estudos, levados ao campo da evolução, demonstram que ela “não pode ser limitada à adaptação de organismos ao seu meio ambiente, pois o próprio meio ambiente é modelado por uma rede de sistemas vivos, capazes de adaptação e de criatividade”.<sup>15</sup>

Portanto, mais do que uma evolução, o que realmente há é uma co-evolução, que se realiza por intermédio de uma sutil, mas eficaz, interação entre *competição e cooperação*, e entre *criação e mútua adaptação*,<sup>16</sup> lembrando, em alguns aspectos, o vantajoso mecanismo da simbiose.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>14</sup> CAPRA explica que “A estrutura de um sistema é a incorporação física de seu padrão de organização”. Após o que o autor fornece a distinção entre padrão e estrutura: “Enquanto a descrição do padrão de organização envolve um mapeamento abstrato de relações, a descrição da estrutura envolve a descrição dos componentes físicos efetivos do sistema”. [...] Para concluir que “O processo da vida é a atividade envolvida na contínua incorporação do padrão de organização do sistema. Desse modo, o critério do processo é a ligação entre padrão e estrutura”. CAPRA, p. 134.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>16</sup> Referindo-se aos microrganismos que constituíam as únicas formas de vida durante os dois primeiros bilhões de anos do início da vida no nosso planeta, CAPRA assim se expressou: “Durante esses dois bilhões de anos, as bactérias transformaram continuamente a superfície da Terra e a sua atmosfera e, ao fazê-lo, inventaram todas as

Veja-se, por exemplo, o caso das bactérias: partindo da informação que bactérias rápidas podem reproduzir-se a cada vinte minutos, então, vários bilhões delas podem ser gerados em um determinado e curto espaço de tempo e, havendo entre elas uma única bactéria mutante, mas que seja bem-sucedida, ela se espalhará rapidamente pelo seu meio ambiente.

Todavia, segundo Capra, a mutação, ainda que importante, não é o único caminho evolutivo para as bactérias: elas desenvolveram um segundo caminho de criatividade evolutiva, que é muito mais eficaz que a mutação aleatória, ou seja, “elas transferem livremente características hereditárias de uma para a outra, numa rede de intercâmbio global dotada de poder e de eficiência inacreditáveis”.<sup>18</sup>

Pode-se supor, então, que uma bactéria não será um organismo unicelular, mas será uma célula incompleta “pertencente a diferentes quimeras de acordo com as circunstâncias”,<sup>19</sup> ou seja, todas as bactérias seriam parte de uma única teia microscópica da vida, e uma teia passível de ter sua planificação redimensionada e reordenada. (Daí, volta-se novamente a Heráclito: a única constante são as mudanças...).

---

biotecnologias essenciais da vida, inclusive a fermentação, a fotossíntese, a fixação do nitrogênio, a respiração e os dispositivos motores para movimento rápido”. *Ibid.*, p. 183.

<sup>17</sup> “A evidência mais notável para a evolução por meio de simbiose é apresentada pelas assim chamadas mitocôndrias, as *casas de força* dentro da maioria das células nucleadas. Essas partes vitais das células animais e vegetais, que realizam a respiração celular, contêm seus próprios materiais genéticos e se reproduzem de maneira independente e em tempos diferentes, com relação ao restante da célula. [...] A teoria da simbiogênese implica uma mudança radical de percepção no pensamento evolutivo. [...] A formação de novas entidades compostas por meio da simbiose de organismos antes independentes tem sido a mais poderosa e mais importante das forças da evolução”. CAPRA, p. 185.

<sup>18</sup> “Ao longo dos últimos cinquenta anos, os cientistas têm observado que as bactérias, habitual e rapidamente, transferem diferentes pedacinhos de material genético a outros indivíduos. Cada bactéria, em qualquer dado tempo, dispõe para seu uso de genes acessórios que a visitam, vindos de linhagens às vezes muito diferentes, e que desempenham funções que o seu próprio ADN pode não abranger. Algumas dessas partículas genéticas recombinam-se com os genes nativos da célula; outras são passadas adiante. Como resultado dessa capacidade, todas as bactérias do mundo têm, essencialmente, acesso a um único *pool* de genes e, em conseqüência, aos mecanismos adaptativos de todo o reino das bactérias”. In MARGULIS e SAGAN. *Microcosmos*. New York: Summit, 1986, p. 16. Talvez, neste poder, esteja a explicação para a mutação e a resistência de algumas bactérias...

<sup>19</sup> CAPRA, p. 184.

O autor (Capra) entende ser a velocidade com que a resistência às drogas se espalha entre as comunidades de bactérias uma prova dramática de que a eficiência de sua rede de comunicações é imensamente superior à da adaptação por meio de mutação.

Do que se pode inferir que uma poderosa rede global de comunicação aliada à engenharia genética tem sido usada pela teia planetária durante bilhões de anos para regular a vida sobre a Terra.<sup>20</sup> Esta pode, também, ser considerada como uma das muitas razões pelas quais é cada vez mais necessário procurar entender o mundo e a vida macro e microscópica como um sistema, e um sistema individualista até certo ponto – porque co-evolucionista – sujeito, portanto, a modificações advindas da demanda de um acoplamento estrutural dinâmico, constante e continuado.

#### 14.2.2 Uma Binariedade Computadorizada ou a Possibilidade Combinatória da Química?

Pergunta-se, então: nesse universo sistêmico, mutante, evolucionista, haveria lugar para leis exatas, para um determinismo matemático, para a binariedade computadorizada do *sim* ou do *não*?

O que lhe seria mais adequado: a rigidez monolítica dos números ou as possibilidades combinatórias da química?

Parece ser evidente que a última opção é a única possível de ser escolhida para entender-se – ainda que parcialmente –, a complexidade biológica. E sobre este assunto, assim se expressou Edgar Morin: “É certo que a

---

<sup>20</sup> Em pensamento paralelo, Edgar MORIN assim se expressou: “O desenvolvimento das competências heurísticas tornadas aptas para encarar várias estratégias possíveis, isto é, para criar condições de vida, vai permitir a emergência de liberdades”. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988, p. 304.

auto-organização e a complexidade têm e terão sempre relação com a aleatoriedade que, afinal, participa de toda a criação; o coração misterioso da vida, da criação, da liberdade, entretanto, está no encontro entre o princípio organizacional e o acontecimento aleatório [...].<sup>21</sup> Para concluir, mais adiante: “E o desenvolvimento será sempre aleatório”.

Com base em todos esses dados que, por óbvio, não se exaurem nos exemplos citados, já que muitos mais poderiam ser ajuntados, tentamos embasar – sobre o referencial biológico – a nossa postura contrária e a não aceitação de ser considerada como sendo de resultado (passível de ser predeterminado) uma prestação obrigacional que se desenvolve na seara biológica, na qual as constantes são o conjecturável, a imprevisibilidade e o aleatório.

No universo representado pelo corpo humano, haverá, por certo, uma possibilidade de previsão, contudo, ela também será, *sempre*, relativa. Todo o restante será conjecturável, porque dependente do acoplamento estrutural – não só do organismo como um todo –, mas da própria célula que, conforme visto, é, em si mesma, um sistema.

E, se da forma como concluiu Gregory Bateson, que a informação consiste em diferenças que fazem uma diferença,<sup>22</sup> então, são exatamente as informações aqui referendadas que deverão mudar, de alguma maneira, o predeterminado pelo maleável; o fixo pelo cambiante; o exato pelo insustentável.

---

<sup>21</sup> MORIN, p. 305.

<sup>22</sup> BATESON, Gregory. *Mind and nature: a necessary unity*. Nova York: Dutton, 1979, p. 99.

### 14.3 DA NECESSIDADE (ÀS VEZES) DE UMA RUPTURA

É a dinâmica dos fatos sociais e o avanço do conhecimento e da tecnologia que apontam para o quanto é necessária a concretização de algum tipo de ruptura com aquilo que está posto.

Sempre que o homem ficou tempo excessivo arraigado a uma teoria já demonstradamente ultrapassada teve que pagar um ônus por sua postura incongruente. E o conhecimento só caminha, como bem demonstrou Carl Popper, derrubando-se teorias que não mais satisfazem – mas que ainda predominam –, em favor de outras mais novas, e que daquelas se serviram como degrau.

Por isso, as rupturas são importantes e necessárias. E tão importante e necessário quanto é saber o tempo de deflagrá-las.

Veja-se a respeito, o que diz o cientista Carl SAGAN:

Sempre que possível os cientistas experimentam. Os experimentos propostos dependem, freqüentemente, das teorias que predominam no momento. Os cientistas estão decididos a testar essas teorias até o ponto de ruptura. Eles não confiam no que é intuitivamente evidente. Que a Terra é chata, era outrora evidente. Que os corpos pesados caem mais rápido do que os leves, era outrora evidente. Que as sanguessugas curam a maior parte das doenças, era outrora evidente. Que algumas pessoas são naturalmente, e por decreto divino, escravas, era outrora evidente. Que existe um centro do Universo e que a Terra está situada nesse local nobre, era outrora evidente. Que existe um padrão de repouso, era outrora evidente. A verdade pode ser enigmática e ir contra a intuição. Pode contradizer crenças profundamente arraigadas. Os experimentos são um modo de controlá-la.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios** - A ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 50.



Transportando tais assertivas para o presente trabalho, entendemos ser a hora e o momento para que se efetue uma ruptura com a insuficiente dicotomia das obrigações de meio e de resultado. E, na área da experimentação, é de suma importância uma pesquisa de campo, pois é ela que vai comprovar, na vida prática, a incoerência e a inadequação de usar um conceito de obrigação atido a um resultado predeterminado, em área onde impera o fator álea (razão da inserção de alguns *Caso Concreto e Denúncia*)

#### 14.4 DA SUBJETIVIDADE DO SER

A par do fato de que o organismo de cada indivíduo é um universo ou um sistema em si mesmo (até a célula o é, conforme já visto) há, ainda, um outro fator, de altíssima importância, e que pode interferir de maneira drástica sobre um resultado esperado: a subjetividade do ser.

“Não sei por que há tanto entusiasmo pela procura de uma explicação física convencional. Não sei por que as pessoas têm tanta dificuldade em simplesmente aceitar o fato de que alguma coisa inusitada está se passando [...]. Perdemos todos aquela capacidade de conhecer um mundo além do físico”.<sup>24</sup>

Ou seja, os acontecimentos – em especial no que diz respeito ao organismo humano – não se passam de maneira matemática, previsível e calculável, mas são fenômenos que não só estão atrelados a fatores físicos, mas, também, e em especial, às leis da química, que mesmo sendo leis, podem ser combinatórias, portanto envolvem uma ampla gama de possibilidades resultantes.

Mais ainda, a psique humana, sabemos todos, é também, uma casa de força, tal e qual as mitocôndrias. Todavia, se hoje é possível entender o

---

<sup>24</sup> John MACK, em entrevista para a revista *Time*. Citado por SAGAN, p. 174.

mecanismo de funcionamento daquelas, o mesmo não se pode dizer quanto ao de nossas forças mentais. Contudo, uma coisa é certa: se ainda não podemos explicá-las, todavia não podemos negá-las.

Sabem os médicos, e muito bem, o quanto tem influência na recuperação de um paciente o seu estado de alma, a sua vontade de ficar curado, ou de simplesmente atingir uma melhora no seu estado geral. A própria cicatrização parece se fazer de maneira mais satisfatória, e mais rápida, em pessoas que têm uma predisposição positiva e mais otimista de ver a vida.

Deduz-se, então, que o inverso também é verdadeiro, ou seja, se o paciente pode interferir positivamente no resultado de seu tratamento (seja clínico ou cirúrgico), poderá influir, de igual maneira, negativamente, naquele mesmo resultado.

E, veja-se que, aqui, estamos a nos referir – apenas e tão-somente – ao aspecto subjetivo, pois a interferência do paciente no resultado final pode se dar a níveis muito mais amplos, pelo não cumprimento de sua parte na relação contratual, qual seja, tomar os medicamentos corretamente, observar repouso, dieta, postura, retorno ao consultório, e tantos outros procedimentos, que vão variar na dependência de cada caso, conforme já analisado.

Então, volta-se à indagação que nos tem acompanhado por anos – e tema central deste e de outros tantos trabalhos: se um resultado final está na dependência da participação de cada célula de um organismo – que conforme já se viu é um sistema à parte; se está na dependência da reação do organismo como um todo (*participação passiva*); na dependência da participação mecânica e dinâmica do paciente (*participação ativa*); na dependência da reação química de seu organismo às drogas empregadas na sua terapia; na dependência da subjetividade e do momento psicológico do seu ser – como pode, este resultado, estar atido a algo predeterminado, esperado, calculado, previsto? E, o que é pior,

no conceito de obrigação de resultado, o afastar-se daquele resultado que é esperado, calculado, previsto, será o bastante e suficiente para que seja considerada inadimplida uma prestação obrigacional...!!!

A respeito do nosso mundo mental e de suas ingerências no nosso mundo físico, veja-se o que Carl Sagan<sup>25</sup> propõe: “E, afinal, algumas doenças são psicogênicas. Muitas podem ser pelo menos amenizadas pelo pensamento positivo”. E daí, faz um longo comentário sobre o uso de placebo, que é uma imitação de droga, constituindo-se, no geral, em pílulas de açúcar.

É sabido que as indústrias que produzem medicamentos comparam, rotineiramente, a eficácia de suas drogas com placebos, ministrando aquelas e estes, a pacientes que são portadores de uma mesma doença, mas que não sabem distinguir entre um e outro produto.

Como resultado, observam que os placebos podem se mostrar espantosamente eficientes e, em especial, naqueles casos que os sintomas podem ser gerados pela mente, como, por exemplo: a ansiedade, a depressão e mesmo a dor.

Informa Sagan ser “concebível que as endomorfina – as pequenas proteínas do cérebro que têm efeitos semelhantes aos da morfina – possam ser produzidas pela convicção”. Daí, pondera ele, que a condição específica para que um placebo funcione é o paciente acreditar que aquilo que está ingerindo é um medicamento eficaz. Do que conclui: “Dentro dos limites restritos, a esperança, ao que parece, pode ser transformada em bioquímica”.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> SAGAN, p. 228.

<sup>26</sup> SAGAN, p. 228.

Ou seja, é a subjetividade do ser – favorecida por sua capacidade de usar a força mental – que pode ser usada no sentido de obter, ou não, determinado resultado. E, em seara tão íntima e pessoal, médico algum pode ter qualquer tipo de ingerência. A escolha é de domínio único e exclusivo de cada um.

Na continuação, Sagan comenta que quando pacientes de olhos vendados são induzidos a acreditar que estão sendo tocados pelas folhas de uma planta venenosa, podem vir a desenvolver uma *dermatite de contato*, de aspecto feio e de coloração vermelha. Entende ele, que “a cura pela fé pode caracteristicamente ajudar esse tipo de doenças-placebo, ou mediadas pela mente”, citando entre elas, as dores nas costas, nos joelhos, dores de cabeça, gagueira, úlceras, estresse, asma, paralisia e cegueira histérica, bem como a falsa gravidez.

São todas doenças em que o estado de espírito pode desempenhar um papel-chave. Nas curas da Idade Média associadas com as aparições da Virgem Maria, a maior parte era de curas repentinas, e pouco duradouras, de paralisias parciais ou do corpo inteiro, que são plausivelmente psicogênicas. Além disso, afirmava-se por toda parte que só os crentes devotos podiam ser curados. Não causa surpresa que recorrer a um estado de espírito chamado fé, possa aliviar sintomas causados, pelo menos em parte, por outro estado de espírito que talvez não seja muito diferente.<sup>27</sup>

Assim é o ser humano: um eterno enigma. Em uma obra pouco conhecida de Mark TWAIN, escrita em 1903, denominada *Cristian science*,<sup>28</sup> ele assim se expressou: “O poder que a imaginação humana tem sobre o corpo, de curá-lo ou fazê-lo adoecer, é uma força que nenhum de nós deixou de receber ao nascer. O primeiro homem a possuía, o último a possuirá”.

---

<sup>27</sup> SAGAN, p. 232.

<sup>28</sup> Citado por SAGAN, p. 233.

#### 14.5 DA IMPORTÂNCIA DA FLEXIBILIDADE NA DIVERSIDADE

Foi dito, linhas atrás, que ficar arraigado a uma teoria demonstradamente ultrapassada, pode trazer um pesado ônus para o homem. Por tal razão, uma ruptura, às vezes, se faz necessária: é assim que o conhecimento caminha e evolui.

Todavia, os dias atuais têm testemunhado uma tal aceleração dos fatos, que aquilo que se possa propor como sendo uma nova teoria, ou mesmo que seja apenas um novo conceito, terá que ter uma acentuada característica: a flexibilidade. Em especial, na área do Direito, tem-se a nítida sensação de que nada mais pode ser fixo, duro, hierático, mas ao contrário, há que ser maleável, poroso, flexível, ou estará fadado a ser uma proposta nati-morta.

E, como fazê-lo? Sem dúvida, para algumas perguntas nem sempre é fácil encontrar as respostas mais adequadas. Entretanto, um bom estratagema é observar como se resolvem certos problemas, ainda que em mundos alheios à seara jurídica.

No epílogo da obra de Capra, aqui tantas vezes citada, refere-se ele à capacidade que tiveram os diversos ecossistemas da Terra, durante mais de três bilhões de anos de evolução, em “maximizar a sustentabilidade”, o que só foi possível graças à sabedoria da natureza. E, então, o autor se pergunta: qual a elasticidade dessas comunidades ecológicas? Como reagiram às perturbações externas? E é ele mesmo quem responde: “Essas questões nos levam a mais dois princípios da ecologia – flexibilidade e diversidade – que permitem que os ecossistemas sobrevivam a perturbações e se adaptem a condições mutáveis”.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> CAPRA, p. 234.

Do que se pode deduzir que – também como é na natureza –, o será no Direito, onde a nossa capacidade de ser flexível na adversidade e de criar possibilidades de uma flexibilidade crescente trará condições de atingir um equilíbrio mais racional e mais condizente com o atual estágio da civilização humana, que no ano 2000, ainda convive com normas adequadas à mentalidade e às exigências do século XIX.

Há um limite de tolerância que é dado pela tensão. E se a tensão é importante – na medida em que é ela que vai proporcionar a ruptura –, importante também é a existência de uma certa flexibilidade, para que aquela ruptura não se dê extemporaneamente. Pode-se dizer, então, que a harmonia repousa neste equilíbrio.

Capra entende que “todas as flutuações ecológicas ocorrem entre limites de tolerância. Há sempre o perigo de que todo o sistema entre em colapso quando uma flutuação ultrapassar esses limites e o sistema não consiga mais compensá-lo”. Para daí concluir que:

O mesmo é verdadeiro para as comunidades humanas. A falta de flexibilidade se manifesta como tensão. Em particular, haverá tensão quando uma ou mais variáveis do sistema forem empurradas até seus valores extremos, o que induzirá uma rigidez intensificada em todo o sistema. A tensão temporária é um aspecto essencial da vida, mas a tensão prolongada é nociva e destrutiva para o sistema. Essas considerações levam à importante compreensão de que administrar um sistema social – uma empresa, uma cidade ou uma economia – significa encontrar valores ideais para as variáveis do sistema. Se tentarmos maximizar qualquer variável isolada em vez de otimizá-la, isto levará, invariavelmente, à destruição do sistema como um todo.<sup>30</sup>

No campo prático da Medicina, em especial nas áreas de especialidade da Cirurgia Plástica Estética e da Anestesiologia, o que se pode observar,

---

<sup>30</sup> CAPRA, p. 234-5.

atualmente, é uma preocupação exacerbada por parte dos profissionais responsáveis, com uma tensão (que poderia ser desnecessária), dirigida à prática de uma Medicina defensiva, cercada de protocolos, declarações, boletins informativos, assinaturas de testemunhas, e outros procedimentos similares e paralelos. E o gerador responsável por este estado de coisas, sabe-se bem, é o fato de que aquelas duas especialidades, para muitos, ainda estão inseridas em uma prestação obrigacional de *resultado*.

Então, pode-se concluir que uma variável do sistema está sendo levada ao seu valor extremo e, diga-se de passagem – um valor superado –, pois nos países onde há pesquisa séria e intensa sobre a matéria, este dilema já foi eliminado, pelos menos, há três décadas.

Conforme o exemplo citado acima, uma variável empurrada ao seu valor extremo induzirá uma rigidez intensificada em todo o sistema e, sabe-se bem, uma tensão prolongada lhe é nociva e destrutiva.

Os profissionais médicos, representantes daquelas especialidades, vêm se servindo de seguros, nem sempre eficientes (porque ainda incipientes em nosso país); já se muniram de toda uma parafernália burocrático-administrativa (consentimento informado, protocolos, adendos), no sentido de se sentirem um pouco mais protegidos frente àquele elemento que passou a representar uma ameaça em sua vida: seu próprio cliente, agora atrelado ao corcel do *ônus da prova invertido* e armado com a lança de uma *obrigação de resultado*.

## 15. CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

1. A *relação jurídica* que se estabelece entre médico e paciente insere-se no tipo *fato social de caráter externo*, submetendo-se à regulamentação jurídica e sendo sua matéria a própria atividade do profissional, o que a identifica, também, com a relação social. Assim, a relação jurídica é um tipo de relação social, na qual estão imbricadas relação de poder e de dever. Mesmo sendo sua matéria o fato humano (no que se iguala à relação social), sua forma é diversa, provindo do aspecto jurídico da relação, sendo pois, também, uma relação de direito.

2. Outra visão a entende como uma relação entre situações subjetivas, já que ligada a centros de interesse, constituindo-se em uma relação de situações subjetivas. Na relação jurídica, vista como uma relação entre situações subjetivas, é importante a avaliação da causa, pois é ela que vai determinar quais são os poderes e as obrigações do credor. A causa do insucesso de um tratamento e/ou cirurgia pode estar relacionada à resposta do organismo do paciente, sendo esta uma razão bastante e suficiente para que a *causa* de um fato – tido como um possível erro médico –, seja perquirida primeiramente em um compêndio médico, para posteriormente ter sua defesa efetivada na área jurídica. Ou seja, a análise da causa-valor no débito probatório de ter, ou não, o devedor adimplido sua obrigação. Os aspectos funcional e causativo têm como meta individualizar e completar uma relação entre situações subjetivas, sendo que a causa determinaria quais são os poderes e deveres do credor.

3. Os *deveres* do médico derivam da finalidade de sua profissão: aplicar seus conhecimentos e as regras técnicas de sua arte na recuperação e/ou preservação da saúde de seu paciente. O exercício de um direito compreende



uma faculdade ou um poder; o cumprimento da norma compreende um dever. A atuação do médico constitui-se em um *exercício regular de um direito*, que lhe é conferido pelo Estado, mediante uma habilitação legal para o exercício da Medicina. O *estado de necessidade* seria mais apropriado para caracterizar situações anômalas e/ou extremas. Sendo o profissional médico e também militar, sua atuação, além do exercício regular de um direito, ainda estaria compreendida dentro do *dever legal*.

### 3.1 PROPOSIÇÃO I

Sendo o *dever complexo* aquele que se efetiva na prática da execução de mais de um ato para que se complete sua execução, propõe-se que o dever do médico, em especial o do cirurgião plástico, se insira na modalidade do *dever complexo*, ficando sua prestação obrigacional sujeita à prática de mais de um ato cirúrgico em relação ao mesmo fato, não sendo tal circunstância, indicativa de insucesso do primeiro procedimento.

4. A *prestação*, enquanto objeto da obrigação, diz respeito ao comportamento positivo ou negativo do devedor adstrito à satisfação dos interesses do credor. A prestação do médico é sua própria atividade, caracterizada por uma prestação de fato *positiva* (o atendimento clínico ou cirúrgico) e outra *negativa*, representada pelo sigilo profissional. É também um tipo de prestação *reiterada*, vez que pode consistir de prestações singulares que se sucedem no tempo, podendo ser *fracionada ou repetida*. É uma prestação *fungível*, por conta da socialização da Medicina, podendo mostrar-se *não fungível*, quando se trata do exercício da capacidade técnico-científica de um profissional especialista.

ao

5. *Imputabilidade* é a possibilidade de relacionar um ato com uma atitude qualquer de uma pessoa, e diz respeito, também, à idoneidade psíquica do agente, quanto à possibilidade de querer e entender, traduzindo, pois, o estado normal da pessoa, o qual lhe permite discernir a importância e o efeito de seus atos. A *diligência*, vista como um *critério de imputabilidade*, servirá como medida de avaliação ética do devedor para aferição da culpa, já que pressuposto de um adimplemento de conteúdo satisfatório. Contudo, em uma obrigação de resultado, é tida como um elemento nulo, o que leva a concluir que ignorar a diligência e o esmero nos procedimentos médicos é o mesmo que tornar objetiva a responsabilidade daquele profissional. A licitude do trabalho médico é explicada, entre outros, pelo fato de que, mesmo pressupondo algum perigo, uma atividade se justifica pelo seu interesse social. Quanto ao consentimento, em caso de cirurgia, apenas a necessidade de salvar o paciente de um perigo de dano real ou iminente, é o que estabelece o limite entre a licitude e a ilicitude, ao praticar uma intervenção sem o consentimento daquele.

6. Mesmo sendo um fator arbitrário e artificial, a *presunção* tem o condão de tornar verdadeiro o que não é senão provável, sendo sua razão de ser justificada pela dificuldade de provar fatos por via direta, e por proporcionar estabilidade e economia na aplicação do Direito, sendo vista por alguns, até, como uma necessidade social. A culpa médica não pode ser presumida: há que ser claramente comprovada. Mesmo nas prestações obrigacionais inseridas em uma obrigação de resultado não há culpa presumida, mas, sim, a inversão do ônus da prova.

## 6.1 PROPOSIÇÃO II

Médico em geral: *obrigação de meio*. Responsabilidade assente na *culpa comprovada*, não cabendo, pois, *presunção de culpa*.

Cirurgião plástico estético: não há culpa presumida, apenas a *inversão do ônus da prova*.

Médico como chefe de equipe: *culpa presumida* até prova em contrário (*juris tantum*).

Hospitais: *responsabilidade objetiva*. *Onus probandi* por conta da entidade hospitalar. Não inserida, porém, em uma presunção *juris et de jure*.

7. As *obrigações de meio e de resultado* não podem ser vistas como categorias estanques, já que não se encontram em extremos opostos, ou bem delimitados. Um mesmo contrato pode comportar ambas as categorias, além do que uma mesma obrigação pode se revestir de características de uma ou de outra qualificação, de acordo com a fase de execução do contrato. Assim, tanto uma quanto a outra podem e devem aceitar gradações e matizes, já que nenhuma obrigação precisa ser necessariamente só de meio e nem só de resultado. A obrigação de meio tem um resultado por escopo (ainda que a ele não esteja vinculado o devedor), enquanto a obrigação de resultado serve-se de prestações que poderiam caracterizar obrigações de meio para alcançar um fim predeterminado. A própria pluralidade dos meios intermediários usados em uma prestação obrigacional visam a um resultado em si mesmos.

8. Sendo o *corpo humano* uma seara onde impera o *imprevisível* e o *conjectural*, e sendo que cada organismo pode responder de maneira diferente frente a uma mesma técnica cirúrgica ou tratamento convencional, considera-se inadequado o uso da obrigação de resultado para caracterizar prestação obrigacional na área médica, vez que a expectativa de cada paciente sobre determinado tratamento e seu resultado é de foro íntimo e pode não coincidir com o resultado final. O uso da categoria *obrigação de resultado* deve se destinar apenas a searas onde não exista o fator *álea*. Ademais disso, o elemento *diligência* não tem o menor valor naquele tipo de obrigação. Se a obrigação do

profissional liberal deve ser avaliada mediante a comprovação de culpa, e não de sua presunção – portanto dentro da responsabilidade subjetiva –, então, pode-se concluir que fazer uso do conceito de uma obrigação de resultado para caracterizar sua prestação obrigacional, é conduta incongruente, pois é o mesmo que tornar objetiva a responsabilidade daquele profissional.

9. Entre os *elementos* que se perquire na *avaliação da culpa médica*, dois estão entre os mais importantes: a possibilidade do exercício da *previsibilidade* e a análise da medida de *diligência* empregada. A Medicina sendo uma arte que se desenvolve em terreno conjectural, implica condutas eminentemente circunstanciadas, bem como em situações que vão desde as mais simples e previsíveis até as mais complexas e inusitadas. Frente à previsibilidade de risco (e no exercício da profissão médica esta é a tônica e a generalidade), deve ter enorme valor a perquirição da diligência empregada pelo profissional, no sentido de evitar que a intercorrência prevista (risco) se concretize. Se o risco existe em todo tratamento médico, seja clínico, seja cirúrgico (vez que até um medicamento pode ter a cura ou a morte inseridas em si mesmo), não seria lógico usar-se de um conceito de obrigação, no qual a diligência não conta, não tem peso nem valor, como é o caso da obrigação de resultado.

10. Na *relação profissional* que se estabelece entre *cirurgião e anesthesiologista* entende-se pela ruptura da dependência entre os dois especialistas: o cirurgião é responsável pelos danos que ocorram por via do ato cirúrgico, e o anesthesiologista pelos advindos do ato anestésico. Tal postura, além de mais justa, facilita a análise e a identificação de uma provável culpa e conseqüente responsabilização em caso de dano comprovado. Tratando-se de dois profissionais em pé de igualdade, cada qual deve suportar o ônus e o sucesso de seus atos. O cirurgião é chefe de equipe e responsável no que diz

respeito aos que participam direta ou indiretamente do ato cirúrgico, quais sejam, o auxiliar de cirurgia, o instrumentador, o corpo de enfermagem. Quanto ao anestesiológico, se ele tem autonomia para participar, planificar, opinar, contra-indicar, tendo o direito de interferir no trabalho do cirurgião, a ponto de propor a interrupção, ou até mesmo a suspensão de uma cirurgia, então esta figura não pode ser considerada subalterna ao cirurgião. Exceção feita apenas a um profissional *técnico em anestesia*, ou quando o ato anestésico for executado por outra pessoa, que não um anestesiológico.

11. Sendo o *ato anestésico* um procedimento altamente complexo que envolve amnésia, sedação, bloqueio autonômico, analgesia, anestesia, inconsciência, relaxamento de musculatura, servindo-se para tanto de equipamentos e materiais específicos para favorecer a permeabilidade das vias aéreas e a ventilação pulmonar; e, além disso, realizando bloqueios e ainda necessitando, às vezes, de se servir da infusão de soluções hidratantes, sangue e derivados, e sendo que cada organismo pode reagir de maneira diversa, é inconcebível e inaceitável – por total inadequação – que a prestação obrigacional do anestesiológico se insira em uma obrigação de resultado, uma vez que a diligência (que peso algum tem naquela categoria), da qual ele vai se servir para dosar seu procedimento, é elemento de suma importância na avaliação de uma possível culpa por dano ao paciente.

12. Portanto, assim como ocorre com o *cirurgião plástico*, também do *anestesiológico* é cobrada uma *responsabilidade maior*, sendo os danos avaliados com muito rigor, já que é presunção geral que um especialista em determinada área, seja possuidor de conhecimentos e habilidades técnicas especiais que o diferenciam de um generalista. Todavia, um tal conceito não implica, nem justifica, inserir ambas as prestações obrigacionais em uma obrigação de resultado, em razão da presença do fator álea – representado pela

imprevisibilidade da resposta orgânica individuada de cada paciente – e pela não avaliação do elemento diligência na perquirição da culpa.

### 12.1 PROPOSIÇÃO III

A prestação obrigacional de um anestesiológico deve inserir-se em uma *obrigação de meio complexa*, já que também se efetiva na execução de vários atos ou procedimentos para que se complete sua prestação.

13. O *paciente*, sendo *parte interagente*, pode interferir de duas maneiras no resultado de um tratamento, seja clínico, seja cirúrgico. A primeira, por via de uma *participação passiva*, que é representada pela resposta fisiológica de seu organismo; a segunda, por uma *participação ativa*, que está relacionada aos atos e procedimentos que lhe cabem na relação contratual médico-paciente, por conta da qual, cada um tem seus direitos e seus deveres. Em assim sendo, e frente a um resultado diferente do esperado, é importante analisar se aquele resultado ocorreu por descumprimento dos deveres do médico ou por descumprimento dos deveres do paciente.

14. De igual maneira, deve ser vista com cuidado a distinção entre *descumprimento e expectativa fraudada* do paciente, pelo que uma vez mais se defende a importância do elemento *diligência*, já que a observância das normas técnicas, ou uma prestação tecnicamente perfeita podem não significar um cliente satisfeito, em especial na área da cirurgia estética. Na órbita da obrigação de resultado, tal fato já constituiria uma inadimplência obrigacional, o que só vem corroborar, uma vez mais, a inadequação do uso da categoria *obrigação de resultado* naquela especialidade.

15. A *preparação técnica* exigível de um médico e a sua *atuação* devem vir presididas pela *diligência e cuidados* derivados dos *conhecimentos* de sua *especialização*, do que se conclui ser impossível utilizar-se de uma categoria de obrigação, para caracterizar sua prestação obrigacional, que tenha como característica ignorar o elemento *diligência*. Entende-se que em havendo diligência, houve o cumprimento da prestação – tenha-se obtido êxito, ou não. Por contra, a ausência de diligência determina o incumprimento e, este, deve ser sempre imputável.

16. De um modo geral, o *ônus da prova* cabe ao demandante; todavia, sabe-se que, por força de uma obrigação de resultado, pode haver a inversão do ônus da prova. Em caso de dúvida, sobre quem deveria caber aquele encargo, conclui-se que um bom critério seria a verificação e identificação de qual litigante faria com mais facilidade a prova do fato que lhe interessa. Parte-se, então, para a seara da *Teoria da Carga Probatória Dinâmica*. Uma inversão do ônus da prova poderia se justificar pela melhor situação do devedor para provar a não imputabilidade do incumprimento, já que ele, devedor, pode conhecer muito melhor que o credor, a causa do fato que gerou o descontentamento daquele. Assim mesmo, em se tratando de uma obrigação de meio, exigir o encargo da prova ao devedor, não pressupõe, necessariamente, uma inversão do ônus da prova, mas a possibilidade da existência de uma condição mais favorável para ofertar provas do cumprimento da obrigação e da medida da diligência empregada.

17. A par da ocorrência de caso fortuito e força maior, outros elementos há que podem se apresentar como *excludentes* (parcial ou total) da *responsabilidade médica*. Entre eles, a perquirição dos meios empregados pelo profissional para atingir o resultado almejado; a medida de sua diligência ao servir-se daqueles meios; a participação ativa (conduta) e passiva (orgânica) do

paciente. Importa, ainda, a análise de outros dados tais quais: o profissional médico ser especialista ou não; o tempo em que se deu o fato e o local. Tudo isto leva a concluir que na avaliação da responsabilidade médica – mais importante do que pesquisar *a culpa*, é perquirir a *causa*.

18. *Outras possibilidades de excludência* estão representadas pelo *fato de terceiro*, entendendo-se estarem inseridos neste termo, pessoas estranhas à equipe médica, já que o profissional é responsável por seus prepostos, ou seja, por sua equipe. Paralelamente, há o *fato das coisas*, que vem representado pelo ferramental, instrumental e aparelhagem dos quais o profissional precisa fazer uso no exercício de sua profissão, ou seja, qualquer objeto que possa ser classificado como de uso médico-hospitalar, pode vir a gerar responsabilidade para o médico, ou para o hospital. Em caso de dano ao paciente, há que elucidar se o mesmo foi causado pelo médico por uso inadequado do aparelho, ou se o dano se deu por falha mecânica do aparelho, independentemente do cuidado e técnica do profissional ao usá-lo.

19. Conforme já afirmou Hobbes, o *movimento permeia a vida*. E, esta, como se sabe, é *cambiante na sua essência*, já que um organismo vivo é capaz de reagir às influências ambientais, oferecendo respostas com mudanças estruturais, a partir de uma interação entre os componentes da rede da vida, de tal maneira que esta rede se auto-regula e se auto-organiza. A maneira como aquela resposta se dá é, porém, imprevisível, já que o comportamento do organismo vivo é, ao mesmo tempo, determinado e livre; ou seja, mesmo sendo aquele comportamento determinado pela sua estrutura, ele vai ser livre na sua imprevisibilidade. No mundo microscópico, este fenômeno pode ser detectado pela resistência que as bactérias passam a oferecer a determinadas drogas, depois de um período de uso daquelas. No mundo macroscópico, têm-se as diferentes respostas que o organismo humano oferece frente às mesmas técnicas



cirúrgicas e ao mesmo tratamento clínico. Além da resposta orgânica, que é individuada, ainda há a participação ativa do paciente a interferir no desfecho de um caso.

20. Assim, pode-se concluir que um resultado final, seja de um tratamento clínico, seja cirúrgico, está na *dependência da participação de cada célula*, assim como na *dependência da subjetividade e do momento psicológico* do paciente. Este somatório de elementos vai se concretizar em uma resultante que é única para cada ser, não podendo, então, estar restrita pela moldura de um resultado predeterminado, previsto e pré-calculado. Na seara da subjetividade e do fator álea não há lugar para fórmulas exatas nem para formas engessadas.

21. O *limite de tolerância* que é dado pela *tensão* parece ter chegado ao fim. A forma hierática de uma obrigação de resultado não mais se encaixa para caracterizar as prestações obrigacionais do cirurgião plástico estético e do anestesiológico. Conclui-se que este uso (uma variável do sistema que já foi levado ao seu valor máximo), junto à comprovação dos fatos que a vida prática possibilita, está favorecendo a ocorrência de injustiça em alguns julgamentos, bem como a extorsão de médicos, por parte de seus clientes. E, isto tudo ocorre, em nome de uma obrigação de resultado que, ao ser levada ao seu valor extremo, tem propiciado uma rigidez intensificada em todo o sistema e, conforme se sabe, toda tensão ou rigidez prolongada é nociva e destrutiva. Um Direito moderno e flexível pede fórmulas maleáveis e porosas. Por tal razão, entendemos que a obrigação de meio – elastecida pela característica do *dever complexo* (que se completa com mais de um procedimento) – estaria a preencher de maneira mais justa e adequada a lacuna de um *termo intermediário* entre as obrigações de meio e de resultado, para bem caracterizar as prestações obrigacionais do cirurgião plástico e do anestesiológico.

## 21.1 PROPOSIÇÃO IV

Criação do termo *obrigação de meio complexa* para caracterizar a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético e do anestesiológico. Ônus da prova para esse tipo de obrigação: utilização da *Teoria da Carga Probatória Dinâmica*.

**ANEXO I**

**RESOLUÇÃO Nº 1291/89 DO CONSELHO FEDERAL  
DE MEDICINA**

**CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA****RESOLUÇÃO CFM Nº 1291/89**

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958,

**CONSIDERANDO** o que dispõe o art. 141 do Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM nº 1246/88;

**CONSIDERANDO** que a Resolução CFM nº 727/76, estabelece normas que divergem do conteúdo do art. 141 do Código de Ética Médica;

**CONSIDERANDO** o decidido em Sessão Plenária de 08 de Junho de 1989;

**RESOLVE:**

1 – Cabe ao Conselho Regional de Medicina, apurar em procedimento administrativo com perícia médica, a existência de doença incapacitante para o exercício da Medicina;

2 – Ao médico submetido ao Procedimento Administrativo de que trata o item 1 supra, serão assegurados:

- a) o direito de indicar médico para funcionar como seu perito;
- b) acesso a todas as peças dos autos em todas as suas fases;
- c) amplo direito de contestação que vise comprovar a capacidade para o exercício da profissão médica;

d) acesso aos laudos exarados para que possa contestá-los no prazo de 30 (trinta) dias a partir do conhecimento dos mesmos;

**3** – A decisão sobre o procedimento administrativo de que trata esta Resolução será adotada em Sessão Plenária do Conselho Regional de Medicina;

**4** – Quando o Conselho Regional de Medicina decidir pela suspensão do exercício profissional, por doença incapacitante, deverá fixar o prazo de sua duração, com base no laudo da perícia médica;

**5** – Encerrado o prazo de suspensão do exercício profissional fixado pelo Conselho Regional de Medicina ou mediante apresentação, pelo interessado, antes do referido prazo, de Laudo Médico atestando a sua capacidade para o exercício da profissão, será instaurado novo procedimento administrativo que obedecerá às normas fixadas nesta Resolução;

**6** – Caso o médico se recuse a submeter-se à perícia médica, o Conselho Regional de Medicina decidirá mediante os documentos e as provas materiais e testemunhais, inclusive cópia de prontuários médicos;

**7** – Da decisão do Conselho Regional de Medicina, cabe recurso do médico ao Conselho Federal de Medicina, sem efeito suspensivo;

**8** – Revogar a Resolução CFM nº 727/76.

**BRASÍLIA-DF, 08 DE JUNHO DE 1989**

**FRANCISCO ÁLVARO BARBOSA COSTA**  
Presidente

**ANA MARIA CANTALICE LIPKE**  
Secretária Geral

**ANEXO II**

**TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO**

**ADENDO AO TERMO DE CONSENTIMENTO**

**DECLARAÇÃO DE RECEBIMENTO DE  
INFORMAÇÕES**

**BOLETIM INFORMATIVO DA SBCP/PR**

**PROTOCOLO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA  
DE ABDOMINOPLASTIA**

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA  
 Av. Pacaembu, 746 – 11º andar. 01234-000 SÃO PAULO/SP  
REGIONAL PARANÁ

TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

1. Por determinação explícita de minha vontade, eu ..... , por este termo autorizo o(a) Dr.(a)..... e todos os demais profissionais dos quais ele(a) se serve - e que estão vinculados à minha assistência -, a realizar o procedimento cirúrgico denominado..... , bem como os cuidados e tratamentos médicos necessários dele decorrentes.
2. **O procedimento acima autorizado me foi explicado claramente, por isso entendo que:**
- a. Como resultado da cirurgia existirá uma **cicatriz**, que será permanente. Contudo, todos os esforços serão feitos no sentido de encobrir e/ou diminuir a cicatriz, de forma a torná-la o menos visível possível;
  - b. Poderá haver **inchaco** (edema) na área operada que, eventualmente, pode permanecer por dias, semanas e, menos freqüentemente, por meses.
  - c. Poderá haver **manchas** na pele que, eventualmente, permanecerão por semanas, menos freqüentemente por meses e, raramente, serão permanentes.

- d. Poderá haver **descoloração ou pigmentação** cutânea nas áreas operadas por um período indeterminado de tempo. Muito raramente estas alterações poderão ser permanentes.
- e. Eventualmente, **líquidos**, sangue e/ou secreções podem se acumular na região operada, necessitando drenagem, aspiração ou reparo cirúrgico;
- f. Poderá haver **perda de sensibilidade e/ou mobilidade** nas áreas operadas por um período indeterminado de tempo e que é variável de paciente a paciente;
- g. Poderá ocorrer **perda de vitalidade** biológica na região operada, ocasionada pela redução da vascularização sangüínea, acarretando alteração na pele e, mais raramente, necrose da mesma, podendo necessitar para sua reparação de nova(s) cirurgia(s), com resultados apenas paliativos;
- h. Poderá ocorrer **dor pós-operatória**, em maior ou menor grau de intensidade, por um período de tempo indeterminado e variável de paciente a paciente;
- i. Toda cirurgia plástica pode necessitar, eventualmente, de **retoques**, ou pequena cirurgia complementar, para atingir um melhor resultado.

### **Portanto, de posse dessas informações:**

3. **Eu reconheço** que durante o ato cirúrgico podem surgir situações ou elementos novos que não puderam ser previamente identificados e, por isso, **outros procedimentos adicionais ou diferentes** daqueles previamente programados possam se necessários. Por tal razão autorizo o(a) cirurgião(ã), o(a) anestesiológico(a) e toda sua equipe a realizarem os atos necessários condizentes com a nova situação que, eventualmente, venha a se concretizar.



4. **Eu entendo** que tanto o(a) médico(a) quanto sua equipe se obrigam unicamente a usar todos os meios técnicos e científicos à sua disposição para tentar atingir um resultado desejado que, porém, não é certo. Não sendo a Medicina uma ciência exata, fica impossível prever matematicamente um resultado para toda e qualquer prática cirúrgica, razão pela qual aceito o fato de que **não me podem ser dadas garantias de resultado**, tanto quanto ao percentual de melhora, como em aparência de idade ou, mesmo, a permanência dos resultados atingidos.
  
5. **Eu concordo** em cooperar com o(a) médico(a) responsável por meu tratamento até meu restabelecimento completo, **fazendo a minha parte** no contrato médico/paciente. Sei que devo aceitar e seguir as determinações que me forem dadas (oralmente ou por escrito), pois se não fizer a minha parte poderei comprometer o trabalho do(a) profissional, além de pôr em risco minha saúde e meu bem estar ou, ainda, ocasionar seqüelas temporárias ou permanentes.
  
6. **Eu compreendo** e aceito o fato de que o **tabagismo**, o uso de **drogas** e de **álcool**, ainda que não impeçam a realização de uma cirurgia, são fatores que podem desencadear complicações médico-cirúrgicas.
  
7. **Eu autorizo** o registro (foto, som, imagem, etc.) dos procedimentos necessários para a(s) cirurgia(s) proposta(s) por compreender que tais registros, além de serem uma exigência médico-legal, ainda representam uma alternativa importante de estudo e de informação científica.
  
8. **Eu aceito** o fato de que a utilização das próteses de mama, por mim solicitada, expõe a possibilidade de um futuro endurecimento, modificação da forma e dor local, ocorrências estas que podem ser uni ou

bilaterais, sendo devidas exclusivamente ao silicone e à reação particular do meu organismo àquela substância. Este fenômeno (retração capsular), me foi claramente explicado pelo meu médico, que enfatizou a minha necessidade de conhecer e aceitar este risco, antes de me submeter à cirurgia de colocação de prótese mamária.

**8.1 Eu aceito** este risco e o fato de que a ocorrência daquele fenômeno implicará na necessidade de nova(s) cirurgia(s) com troca de prótese. Esta(s) nova(s) cirurgia(s) poderá(ão) ou não resolver o problema, podendo em certos casos ser preciso efetuar a retirada total e definitiva das próteses, ficando, então, as mamas de tamanho menor e com forma diferente da anterior à colocação da prótese.

**8.2 Estou ciente** que estas cirurgias e próteses implicarão em custos adicionais para mim.

**9. Estou ciente** que: as prótese de mento (queixo) podem, em alguns casos, sofrer deslocamentos e/ou exposição através da mucosa da boca. Nestes casos, será necessário retirar a prótese, o que pode ser definitivo. Em outros casos, que são raros, as próteses com o decorrer dos anos, podem provocar erosão óssea na mandíbula, acompanhada de dor e eventual prejuízo para a dentição local.

**10. Estou ciente** que pode ocorrer limitação das minhas atividades cotidianas por período de tempo indeterminado.

Tive a oportunidade de **esclarecer todas as minhas dúvidas** relativas ao ato cirúrgico ao qual, voluntariamente, irei me submeter, razão pela qual

**autorizo** o(a) profissional acima designado(a) a realizar o(s) procedimento(s) necessário(s).

**Curitiba, ..... de ..... de .....**

\_\_\_\_\_ **RG:** \_\_\_\_\_

Assinatura do(a) paciente

**Testemunhas:**

1. \_\_\_\_\_ **RG:** \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_ **RG:** \_\_\_\_\_

## ADENDO AO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

### CONSENTIMENTO PARA RETOQUE OU REFAZIMENTO DE CIRURGIA ANTERIOR

1. **Eu** ....., por minha livre e espontânea vontade irei me submeter à(s) cirurgia(s) de: .....

2. **Declaro estar ciente** que em se tratando de **Retoque ou Refazimento de Cirurgia Anterior** (que já não atingiu resultado satisfatório), não poderei exigir do(a) cirurgião(ã) que seu trabalho alcance agora a perfeição.

3. **Estou ciente**, também, que ele(a) tudo fará para alcançar o melhor resultado, dentro das limitações que uma área já anteriormente operada pode vir a apresentar.

4. **Entendo também** que uma cirurgia plástica nem sempre alcança seu melhor resultado com apenas um procedimento cirúrgico, sendo que retoques são necessários e fazem parte integrante desta especialidade, razão também deste(s) procedimento(s) ao(s) qual(is) vou me submeter e para o(s) qual(is) estou dando meu consentimento.

5. **A minha escolha** deste(a) profissional baseou-se na confiança que nele(a) deposito e no conceito profissional que goza junto aos seus pares. Por tal razão entendo que dará o melhor de si, sem contudo se vincular a um resultado pré-estabelecido ou predeterminado.

6. **Por estar conscientizada(o)** de que a Medicina não é uma ciência exata, e que cada organismo reage de maneira individualizada e personalíssima, firmo a presente declaração, confirmando que fui devidamente informada(o) sobre as possíveis limitações que o meu caso possa vir a oferecer.

Curitiba, ..... de ..... de .....

.....  
**Paciente**

Testemunha 1: ..... CPF: .....

Testemunha 2: ..... CPF: .....

## DECLARAÇÃO DE RECEBIMENTO DE INFORMAÇÕES

Eu, ....., declaro que recebi de parte do(a) Dr.(a) ..... todas as informações necessárias para o bom entendimento dos procedimentos cirúrgicos aos quais irei me submeter.

Declaro estar ciente de tudo, inclusive dos riscos oferecidos e do resultado que pode ser apenas relativo, já que determinado pela individualidade de cada ser e na dependência da resposta do meu organismo.

Declaro, pois, que **recebi, li e entendi** os seguintes documentos informativos:

- **CONSENTIMENTO INFORMADO**
- **INFORMAÇÕES GERAIS**
- **CONSENTIMENTO PARA RETOQUE OU REFAZIMENTO DE CIRURGIA ANTERIOR**
- **OUTROS. Especificar: .....**

Curitiba, ..... de ..... de .....

.....

**Paciente**

**Testemunha 1.:** ..... **CPF:** .....

**Testemunha 2.** ..... **CPF:** .....

**SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA**  
**Av. Pacaembu, 746 – 11º andar. 01234-000 SÃO PAULO/SP**

As seguintes instruções são genéricas e foram sugeridas pela **SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA**, após passar pela análise e aprovação de sua **COMISSÃO DE ÉTICA E DEFESA DA CLASSE**.

Os itens gerais informam sobre as principais dúvidas dos pacientes que pretendem se submeter a uma cirurgia plástica e servem para lembrar as instruções já recebidas de seu médico, quando da primeira consulta.

**INFORMAÇÕES GERAIS**

- 1. Primeiro beneficiado**: você estará prestando uma inestimável colaboração a si mesmo(a), lendo com atenção todos os itens deste folheto.
- 2. Finalidades**: a cirurgia plástica tem por finalidade fazê-lo(a) parecer tão bem quanto possível, dentro de suas características individuais. Sendo uma combinação de arte e de ciência, está sujeita às variações inerentes ao mecanismo fisiológico, que é específico de cada indivíduo. Por tal razão, **não deve ser exigida do cirurgião plástico a perfeição** (que nem mesmo a natureza apresenta), haja vista que não há simetria entre os dois lados de nosso corpo. A cirurgia estética não é um recurso a favor da vaidade, mas a favor do equilíbrio psicossomático do(a) paciente.

3. **Evolução**: é importante tomar conhecimento – **antes da cirurgia** - como se desenrola a evolução normal de uma intervenção, quais suas fases transitórias e qual é o resultado viável, possível (mas não infalível) para o seu caso. Na evolução do pós-operatório há que levar em conta vários fatores que independem da atenção e capacidade do cirurgião, razão pela qual **não lhe é possível garantir resultados predeterminados**. Condições tais quais a espessura e textura da pele, as influências hereditárias e hormonais, além de outros elementos, poderão **interferir no processo de cicatrização** e, conseqüentemente, no resultado final de uma cirurgia. E, sobre esses fatores, o cirurgião plástico não tem - e não pode ter - a menor ingerência.
  
4. **Colaboração do(a) paciente**: é importante saber que a sua colaboração terá grande influência no resultado final. Se o médico tem seus deveres, o (a) paciente tem os dele(a), entre os quais se insere a **obediência irrestrita às instruções** dadas pelo seu cirurgião.
  
5. **Conduta do cirurgião**: a conduta escolhida por um médico pode não ser igual a de outro. O importante é que cada um dê o máximo de si mesmo, usando de todos os meios para atingir o melhor resultado. Por tal razão é importante que você, ao procurar um cirurgião, o faça com base no **conhecimento do trabalho deste cirurgião**, e não por comparação do resultado de outros pacientes obtidos junto a outros cirurgiões. E mais: cada caso difere de um outro, e vai apresentar um resultado individual, ainda que utilizada a mesma técnica e pelo mesmo cirurgião.
  
6. **Cicatrizes**: são a conseqüência necessária e inevitável de toda cirurgia, portanto, pondere sobre a conveniência de conviver com elas, lembrando,

contudo, que nada mais são do que os indícios deixados em lugar de um defeito anteriormente existente. **Lembre-se que:**

- a) a **evolução desfavorável** de uma cicatriz pode ocorrer, independentemente da melhor técnica utilizada;
- b) **não culpe o cirurgião** por ela, já que este mecanismo é intrínseco e diz respeito à sua carga genética;
- c) **toda cirurgia plástica é passível de correções ou retoque**. Aguarde, portanto, a indicação do melhor período e da oportunidade ideal para isso, ou até para uma nova intervenção (se necessária).

Para sua **tranqüilidade e acompanhamento** saiba que **há três períodos distintos de maturação** de uma cicatriz, que podem variar de acordo com o tipo e espessura da pele (e que é diferente de pessoa a pessoa), a saber:

**Período Imediato:** vai até o 30º dia após a cirurgia: a cicatriz é fina e pouco visível.

**Período Mediato:** vai do 30º dia até o 8º ou 12º mês: a cicatriz se apresenta transitoriamente espessada.

**Período Tardio:** após o 12º mês: é a fase de resolução final do processo. Retrações e irregularidades começam a desaparecer e a forma da cicatriz tende a adquirir aspecto plano e definitivo. Todavia, esses dados são variáveis de pessoa para pessoa e há pacientes que vão continuar a apresentar melhora e mudança no aspecto cicatricial até após o 18º mês.

7. **Riscos:** a cirurgia plástica, como procedimento eletivo, é uma conduta cirúrgica planejada, podendo aguardar a oportunidade ideal para ser



realizada, razão pela qual os riscos sistêmicos inerentes a uma cirurgia são menores. **Todavia, não deixa de ser sempre um risco.**

**8. Riscos quantos às próteses. Prótese de mama:** a utilização das próteses de mama expõe a paciente à possibilidade de um futuro endurecimento, modificação da forma e dor local, ocorrências estas que podem ser uni ou bilaterais, sendo devidas exclusivamente ao silicone e à reação particular de cada organismo àquela substância. Este risco (retração capsular) deve ser claramente explicado e aceito pela cliente antes de se submeter à cirurgia de colocação de prótese mamária.

**8.1** A paciente deve estar ciente e aceitar que a ocorrência daquele fenômeno implicará na necessidade de nova(s) cirurgia(s) com troca de prótese. Esta(s) nova(s) cirurgia(s) poderá(ão) ou não resolver o problema, podendo em certos casos ser preciso efetuar a retirada total e definitiva das próteses, o que pode favorecer que as mamas fiquem de tamanho menor e com forma diferente da anterior à colocação da prótese.

**8.2** A paciente, uma vez recebida estas informações deve informar que está consciente que estas cirurgias e próteses implicarão em custos adicionais para ela

**9. Prótese de mento:** a paciente deve estar conscientizada que as prótese de mento (queixo), podem, em alguns casos, sofrer deslocamentos e/ou exposição através da mucosa da boca. Nestes casos, será necessário retirar a prótese, o que pode ser definitivo.

9.1 Em outros casos, que são raros, as próteses com o decorrer dos anos podem provocar erosão óssea na mandíbula, acompanhada de dor e eventual prejuízo para a dentição local.

10. **A sua informação:** para prevenir insucessos é de suma importância a sua informação quanto ao seu verdadeiro estado de saúde. Fatores como:

- **infecção,**
- **anemia,**
- **debilidade orgânica,**
- **uso de medicamentos,**
- **tabagismo,**
- **álcool,**
- **drogas,**

devem ser levados ao conhecimento de seu médico da **maneira mais clara e aberta possível**, para que ele possa lhe dar a melhor indicação e escolher a melhor maneira de atingir a meta proposta.

**Dissipe todas as suas dúvidas com seu cirurgião.** Você o escolheu porque deposita confiança em seu trabalho, portanto, colabore para que ambos atinjam o resultado planejado.

**Mantenha com ele um relacionamento cordial e permanente,** e faça de suas visitas periódicas um motivo de satisfação para ambos.

## CIRURGIA PLÁSTICA ABDOMINAL

### (Dermolipectomia abdominal)

#### INFORMAÇÕES GENÉRICAS:

A dermolipectomia é uma cirurgia que se destina a retirar determinada quantidade de pele e de gordura do abdome. Favorece a perda de peso, todavia, não é a quantidade de gramas retirados que definirá o resultado estético final mas, sim, a manutenção da proporcionalidade e da harmonia do corpo como um todo. Paradoxalmente, os abdores que apresentam os melhores resultados são aqueles onde se fazem as menores retiradas, como os casos de flacidez pós-parto, com predominância de pele sobre pequena quantidade de gordura localizada.

Contudo, nos casos onde o peso do(a) paciente se apresente acima do normal, bons resultados também poderão ser atingidos, em especial se associados a tratamento clínico ou fisioterápico para aquelas outras partes do corpo que também apresentem excesso de gordura, pois a beleza é sempre representada pela *harmonia havida entre todas as partes do corpo*.

#### INFORMAÇÕES ESPECÍFICAS:

1. **Tipo de anestesia:** geralmente emprega-se a anestesia geral. Em casos especiais poderá ser utilizada a peridural ou similar; ou ainda, local sob sedação.
2. **Tempo de duração do ato cirúrgico:** em média, 3 horas.
3. **Período de internação:** de 1 a 2 dias, numa evolução normal.
4. **Evolução pós-operatória:** até ser atingido o resultado ideal, diversas fases ocorrerão e são características desse tipo de intervenção. A saber:

4.1. **CICATRIZAÇÃO**: até o **30º dia** o corte apresenta bom aspecto, podendo ocorrer discreta reação aos pontos ou ao curativo. Do **30º dia ao 12º mês** haverá um espessamento natural da cicatriz e mudança nas tonalidades de sua cor, podendo passar de vermelho ao marrom, para em seguida começar a clarear. Por ser o período menos favorável da evolução cicatricial, é o que mais preocupa aos (às) pacientes. Todavia ele é *temporário e varia de paciente a paciente*. Do **12º ao 18º mês** a cicatriz tende a tornar-se cada vez mais clara e menos espessa, atingindo assim, o seu aspecto definitivo, **PORTANTO, QUALQUER AVALIAÇÃO DEFINITIVA DE UMA CIRURGIA DESTE TIPO, DEVERÁ SER FEITA APÓS UM PERÍODO DE 18 MESES.**

4.2. **SENSIBILIDADE**: nos primeiros meses é normal que o abdome apresente uma insensibilidade relativa, além de estar sujeito a períodos de edema (inchaço), o que regredirá espontaneamente.

4.3 **FORMA**: o abdome pode apresentar, nessa fase, um aspecto *esticado ou plano*. Com o decorrer do tempo, e o auxílio dos exercícios para modelagem, o resultado definitivo será gradativamente atingido. Quanto ao umbigo, é aproveitado o do(a) próprio(a) paciente, que é transplantado e se necessário remodelado. Portanto, ao redor dele, haverá, também, uma cicatriz que sofrerá a mesma evolução descrita no item 4.1. **Havendo necessidade, faz-se pequeno retoque na mesma, sob anestesia local, após alguns meses, pois cada paciente tem sua evolução cicatricial característica e personalíssima.**

5. **Gordura na região do estômago**: a dermolipectomia nem sempre corrige aquele excesso de gordura que algumas pessoas têm sobre a região mencionada. Isto não depende do cirurgião, mas sim do tipo físico do(a)

paciente, pois se o tronco (conjunto de tórax e abdome) for do tipo curto, dificilmente poderá ser corrigido, enquanto que o tipo longo já se mostra mais favorável. Há que levar em conta, ainda, a espessura do panículo adiposo (camada de gordura) que reveste o corpo do(a) paciente.

6. **Localização da cicatriz da cirurgia:** a cicatriz resultante de uma dermolipectomia localiza-se horizontalmente, logo acima da implantação dos pêlos pubianos, prolongando-se lateralmente em maior ou menor extensão, na dependência do volume do abdome a ser corrigido. A cicatriz é planejada para ficar oculta sob os trajes de banho, havendo casos em que até uma tanga poderá ser usada, portanto, o tipo de maillot ou biquini a ser usado estará na dependência do seu próprio manequim, já que o cirurgião apenas aprimora a sua forma pessoal pré-existente.
7. **Dor no pós-operatório:** uma dermolipectomia de evolução normal não deve apresentar dor. O que ocorre é que, em algumas situações, esta cirurgia é associada a outras (tipo ginecológicas), o que traz um risco maior e a inconveniência da dor e de desconforto, propiciando, ainda, resultados menos favoráveis.
8. **Curativos:** utilizam-se cintas elásticas especiais, que são trocadas a cada 4 dias, quando no pós-operatório recente. Abaixo dessa cinta haverá uma camada de algodão para acolchoar e proteger a região operada. Decorridos alguns dias, o (a) próprio(a) paciente faz a troca da cinta, no momento do banho.
9. **Retirada dos pontos:** em média, do 10º ao 30º dia.
10. **Banho completo:** geralmente após decorridos 5 dias da cirurgia.

**11. Uma nova gravidez:** a dermolipectomia não impede que a paciente venha a ter filhos, todavia é o seu médico ginecologista que a informará sobre a conveniência ou não de uma nova gravidez. Quanto à parte estética, o ideal é que os filhos tenham sido programados para antes da dermolipectomia. Em não sendo isso possível, e advindo uma nova gravidez, uma maneira de preservar o bom resultado obtido é controlar o peso adequadamente durante a nova gestação.

**A. RECOMENDAÇÕES PRÉ-OPERATÓRIAS:**

1. Comunicar **até 2 dias** antes da cirurgia, qualquer ocorrência, como gripe, indisposição, período menstrual, etc.
2. Internar-se no hospital/clínica, obedecendo o horário indicado na guia.
3. Evitar todo e qualquer medicamento para emagrecer, por um período de **10 dias** antes do ato cirúrgico (o que inclui também os diuréticos).
4. Evitar bebidas alcoólicas ou refeições fartas na **véspera** da cirurgia.
5. Programar suas atividades sociais, domésticas ou escolares, de modo não se tornar indispensável a terceiros por um período aproximado de **2 semanas**.

**A. CUIDADOS NO PÓS-OPERATÓRIO:**

1. Evitar esforço físico pelo espaço de 30 dias.
2. Levantar-se tantas vezes quantas lhe foi recomendado, por ocasião da alta hospitalar, obedecendo os períodos de permanecer sentada, bem como evitar ao máximo subir ou descer escadas longas.
3. Evitar molhar o curativo durante a primeira fase (os primeiros 5 dias).
4. Não expor-se ao sol ou friagem durante um período mínimo de 60 dias.
5. Andar em ligeira flexão de tronco (corpo curvado), mantendo passos curtos, durante um período de 15 dias.

6. Obedecer rigorosamente à prescrição médica.
7. Voltar ao consultório para a troca de curativos, nos dias e horário marcados.
8. Alimentação normal (salvo em casos especiais que receberão orientação específica).
9. Aguarde para fazer ou continuar sua “*dieta ou regime de emagrecimento*” após a liberação médica. A antecipação dessa conduta, por conta própria, pode desencadear resultados indesejáveis e prejudiciais.
10. Em caso de pacientes muito obesos(as), ou quando o procedimento cirúrgico for associado a uma lipoaspiração, é comum que ocorra a eliminação de *líquido amarelado* em um ou mais pontos da cicatriz, o que costuma acontecer após o 8º dia pós-cirurgia, todavia, este tempo pode variar de paciente para paciente. É a lipólise (destruição da gordura).
11. Consultar este folheto informativo tantas vezes quantas se fizerem necessárias para esclarecer e eliminar perfeitamente suas dúvidas. Restando algum questionamento, contatar o(a) cirurgiã(o).

**Lembrete importante:** toda cirurgia envolve risco e toda intervenção com finalidades tanto estéticas, quanto reparadoras, pode necessitar **retoques**.

**ANEXO III**

**RESOLUÇÃO Nº 1363/93 DO CONSELHO FEDERAL  
DE MEDICINA**



## **RESOLUÇÃO CFM Nº1363/93**

O CFM, no uso das atribuições que lhe confere a Lei 3.628, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958 e,

“Considerando que é dever do médico guardar absoluto respeito pela vida humana, não podendo, seja qual for a circunstância, praticar atos que a afetem ou concorram para prejudicá-la;

Considerando que o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional;

Considerando que não é permitido ao médico deixar de ministrar tratamento ou assistência ao paciente, salvo nas condições previstas pelo CFM;

Considerando que a Portaria 400, de 6 de dezembro de 1977, do Ministério da Saúde, prevê sala de recuperação pós-anestésica para a Unidade do Centro Cirúrgico;

Considerando o que foi proposto pela Comissão Especial conjunta do CFM e da Sociedade Brasileira de Anestesiologia;

Considerando, finalmente, o que ficou decidido em sessão plenária de 12 de março de 1993.”

**RESOLVE :****Art. 1º - Determinar aos médicos que praticam anestesia que:**

- I- Antes da realização de qualquer anestesia é indispensável conhecer, com a devida antecedência, as condições clínicas do paciente a ser submetido à mesma, cabendo ao anestesista decidir da conveniência ou não da prática do ato anestésico, de modo soberano e intransferível;
- II- Para conduzir as anestésias gerais ou regionais com segurança, assim como manter a vigilância permanente ao paciente anestesiado durante o ato operatório, o médico anestesista deve estar sempre junto a este paciente;
- III- Os sinais vitais do paciente serão verificados e registrados em ficha própria durante o ato anestésico, assim como a ventilação, oxigenação e circulação serão avaliadas intermitentemente;
- IV- É ato atentatório à Ética Médica a realização simultânea de anestésias em pacientes distintos pelo mesmo profissional, ainda que seja no mesmo ambiente cirúrgico;
- V- Todas as conseqüências decorrentes do ato anestésico são da responsabilidade direta e pessoal do médico anestesista;
- VI- Para a prática da Anestesia deve o médico anestesista avaliar previamente as situações de segurança do ambiente hospitalar, somente praticando o ato anestésico se estiverem asseguradas as condições mínimas para a sua realização, cabendo ao diretor técnico da instituição garantir tais condições.

**Art. 2º- Entende-se por condições mínimas de segurança para a prática de anestesia as a seguir relacionadas:**

- I- Monitorização dos pacientes com esfigmomanômetro, estetoscópio pré-cordial ou esofágico e cardioscópio;
- II- Monitorização do CO<sub>2</sub> expirado e da saturação da hemoglobina, nas situações tecnicamente indicadas;
- III- Monitorização da saturação de hemoglobina, de forma obrigatória, nos hospitais que utilizam usinas concentradoras de oxigênio;
- IV- Deverão estar à disposição do anestesista equipamentos, gases e drogas que permitam a realização de qualquer ato anestésico com

- segurança e desfibrilador, cardioscópio, sistema ventilatório e medicações essenciais para utilização imediata, caso haja necessidade de procedimento de manobras de recuperação cardiorespiratória;
- V- O equipamento básico para administração de anestesia deverá ser constituído por secção de fluxo contínuo de gases, sistema respiratório complexo, tubos traqueais, guia e pinça condutora de tubos traqueais, laringoscópio, cânulas orofaríngeas, aspirador, agulhas e material para bloqueios anestésicos;
- VI- Todo paciente após a cirurgia deverá ser removido para a sala de recuperação pós-anestésica, cuja capacidade operativa deve guardar relação direta com a programação do centro cirúrgico;
- VII - Enquanto não estiver disponível a sala de recuperação pós-anestésica, o paciente deverá permanecer na sala de cirurgia até a sua liberação pelo anestesista;
- VIII - Os critérios de alta do paciente no período de recuperação pós-anestésica são de responsabilidade intransferível do anestesista.

**Art. 3º- A presente Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogada a Resolução CFM 851/78, 4 de setembro de 1978.**

Brasília-DF, 12 de março de 1993

Ivan de A. Moura Fé  
Presidente

Hércules Sidnei P. Liberal  
Secretário Geral

(Publicada no D.O.U de 22.03.1993 - *Página 3.439 - Seção I*)

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 718, 1995.
- 2- ----- . As obrigações e os contratos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 9, set./dez. 1999.
- 3- ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica perante o paciente, o médico, a justiça, o seguro**. Rio de Janeiro : José Konfino, 1971.
- 4- ALMEIDA, Marcos de; MUNHOZ, Daniel Romero. A responsabilidade médica: uma visão ética. **Revista Bioética**, Brasília, v. 2, n. 2, 1994.
- 5- ALMEIDA, Vera Maria de. Responsabilidade médica. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, mar. 1991.
- 6- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Sujeito e objeto. Coimbra : Almedina, v. 1, 1983.
- 7- ARAUJO JÚNIOR, João Marcello. Da proteção à saúde e segurança. (Arts. 8º a 17). In CRETELLA JÚNIOR, João & DOTTI, René Ariel. **Comentários ao Código do consumidor**. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- 8- ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da modernidade**. Direito e política em Max Weber. São Paulo : Acadêmica, 1997.
- 9- ARTIGAS, Giocondo Villanova. Minha visão sobre a responsabilidade médica. **Ars Curandi**, São Paulo , v. 24, n. 3, mar. 1991.

- 10- AVELAR, Juarez M. **Ensino da cirurgia plástica nas faculdades de medicina.** São Paulo : Hipócrates, 1994.
- 11- AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Direito civil.** Teoria geral das obrigações. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.
- 12- ----- . A responsabilidade civil e a correção monetária. *In* CHAVES, Antonio (Cora.) **Estudos de direito civil.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979.
- 13- AZEVEDO, Fernando de. **Princípios de sociologia.** 6. ed. São Paulo : Melhoramentos, 1954.
- 14- BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho penal. Introducción y parte general.* 2. ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot, [19--].
- 15- BARCA, Calderón de la. *A vida é sonho.* Lisboa : Seara Nova, [19--].
- 16- BATESON, Gregory. *Mind and nature : a necessary unit.* New York : Dutton, 1979.
- 17- BAUAB, José Domenico. A ação do médico e a sua responsabilidade em consulta, tratamento, operação, internação e manutenção do paciente em hospital. *In* BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil, médica e hospitalar.** São Paulo : Saraiva, 1991.
- 18- BELLUSCIO, Augusto C. *Obligaciones de medios y de resultado. La Ley,* Buenos Aires, 1979.
- 19- BENJAMIN, Antônio Hermen de Vasconcelos e. Da qualidade de produtos e serviços da prevenção e da reparação dos danos. *In* OLIVEIRA, Juarez (Coord.) **Comentários ao Código de proteção do consumidor.** São Paulo : Saraiva, 1991.
- 20- BERLINGUER, Giovanni. **Medicina e política.** 3. ed. São Paulo : Hucitec, 1987.

- 21- BÍBLIA. V. T. Português. **Bíblia sagrada.** Trad. João Ferreira de Almeida. Ed. rev. e atual. no Brasil. Rio de Janeiro : Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.
- 22- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das obrigações.** Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.
- 23- ----- (Coord.) **Responsabilidade médica, odontológica e hospitalar.** São Paulo : Saraiva, 1991.
- 24- ----- **Direitos do consumidor.** Código de defesa do consumidor. 3. ed. São Paulo : Forense Universitária, 1991.
- 25- BIZATTO, José Ildelfonso. **Eutanásia e responsabilidade médica.** Porto Alegre : Sagra, 1990.
- 26- Boletim Informativo. **Anestesia BD.** São Paulo : Benson Dicson, 1999.
- 28- BOTELHO, Ronaldo. Decisões em Destaque. **O Estado do Paraná,** Curitiba, 6 de fevereiro de 2000. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ementa. Embargos Infringentes nº 2.961-4. Relator: Des. Aldo Magalhães. Julg. em 18.11.98.
- 29- BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi.** Petrópolis : Vozes, 1987.
- 30- BRUNO, Anibal. **Direito penal.** t. 2, Rio de Janeiro : Forense, v. 1, 1985.
- 31- BRASIL. Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *In* ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum universitário de direito.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Jurídica Brasileira, 1999.
- 32- ----- Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *In* ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum universitário de direito.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Jurídica Brasileira, 1999.

- 33- -----. Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *In* ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum universitário de direito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Jurídica Brasileira, 1999.
- 34- -----. Código Civil brasileiro – Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *In* ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum universitário de direito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Jurídica Brasileira, 1999.
- 35- BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 11. ed., 10ª tir. Rio de Janeiro : FAE, 1986.
- 36- BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires : Abaco, 1979.
- 37- ----- . ----- . 2. ed. Buenos Aires : Hammurabi, v. 1, 1994.
- 38- ----- . *Responsabilidad civil de los médicos. Derecho de danos en la actividad médica. Lineamentos doctrinales y jurisprudenciales*. 2. ed. cor. y ampl. 1ª reimpr. Buenos Aires : Hammurabi, v. 1-2, 1994.
- 39- ----- . *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*. Buenos Aires : Abaco, 1981.
- 40- ----- . *El dano moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general*. *Revista de Derecho Privado y Comunicativo*, Santa Fé, v. 1, p 237-268, 1992.
- 41- ----- . *El acto ilícito*. Buenos Aires : Hammurabi, 1986.
- 42- ----- . *Código civil y normas complementares – Análisis doctrinario y jurisprudencial*. t. 2A, Buenos Aires : Hammurabi, 1998.
- 43- CAPRA, Fritjot. **A teia da vida**. São Paulo : Cultrix, 1996.
- 44- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris : PUF, 1955.

- 45- -----. *Droit Civil. Les obligations. 20. éd.* Paris : PUF, 1996.
- 46- CARVALHO, Orlando. **A teoria geral da teoria jurídica – seu sentido e limites.** 2. ed. Coimbra : Centelha, 1981.
- 47- CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- 48- -----. **O erro como vício de vontade.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- 49- CATTANEO, Giovanni. *La responsabilità medica nel diritto italiano. In Responsabilità medica.* Milano : Giuffrè, 1982.
- 50- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Comentários ao Código de proteção e defesa do consumidor.** Rio de Janeiro : Del Rey, 1991.
- 51- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 2. ed., rev., aum. e atual. São Paulo : Malheiros, 1998.
- 52- CECCON, Leonardo. Erro médico – Papel do administrador hospitalar. *Ars Curandi*, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 46-58, mar. 1991.
- 53- CHAMMARD, Geoges Boyer; MONZEIN, Paul. *La responsabilité médicale.* Paris : PUF, 1974.
- 54- CHAVES, Antonio. Responsabilidade civil do ato médico. Ato médico contrato de meios. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados.** São Paulo. v. 117, n. 17. p. 9-27, out. 1993.
- 55- -----. *In Enciclopédia Saraiva do Direito.* São Paulo : Saraiva, 1978. v. 14, verbete "causa".
- 56- COHN, Gabriel. **Sociologia : para ler os clássicos.** Rio de Janeiro : Livros Técnicos e Científicos, 1977.



- 57- COMPARATO, Fábio Konder. Obrigação de meios, de resultado e de garantia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 386, p. 26-35, dez. 1967.
- 58- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica. Resolução CFM nº 1246/88**. Rio de Janeiro : Idéia, 1988.
- 59- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. Parecer, Consulta da Sociedade de Anestesiologia da Bahia. **Anestesia em revista**. São Paulo. Ano XLVI, nº 4/96. jul./ago. p. 28.
- 60- CONVERSE, John Marquis. *Reconstructive Plastic Surgery*. 2. ed. [S.L.] : Saunders, v. 2, 1977.
- 61- CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da pós-eficácia das obrigações**. Lisboa : Lael, 1984.
- 62- CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.
- 63- CORRÊA NETTO, Alípio. **Clínica Cirúrgica**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo : Sarvier, 1988.
- 64- COSTA, José Rubens. Da responsabilidade civil, contratual e delitual. *In* Universidade Federal de Minas Gerais. **Cadernos de Pós-graduação**. Belo Horizonte, 1972.
- 65- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1979.
- 66- COVELLO, Sérgio Carlos. *In* **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo : Saraiva, v. 60, 1977. Verbete “presunção jurídica”.
- 67- CRÉPEAU, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique*. Québec : Yvon Blais, 1989.

- 68- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de direito civil.** t. I São Paulo : Max Limonad, v. 1, 1967.
- 69- DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général. Source des obligations.* Paris : Arthur Rousseau, v. 5, 1925.
- 70- -----, *Droit des Obligations.* Paris : Arthur Rousseau, v. 1, 1923.
- 71- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- 72- -----, -----, 10. ed., 1995.
- 73- ----, Responsabilidade dos médicos. **Seleções Jurídicas.** Rio de Janeiro, n. 1, p. 7, maio 1994.
- 74- **Dicionário Aurélio Eletrônico.** Verbete “seroma”.
- 75- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil.** Teoria Geral das obrigações. 2. ed. São Paulo : Saraiva, v. 2, 1985.
- 76- DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico.** 2. ed. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo : Editora Nacional, 1960.
- 77- DURRY, Georges. *La responsabilité obéit-elle à un régime particulier en matière de chirurgie esthétique? Revue Trimestrielle de Droit Civil,* Paris, v. 1., p. 152-154, jan./mar. 1982.
- 78- **Enciclopédia Barsa.** Rio de Janeiro/São Paulo : Enciclopaedia Britannica do Brasil, v. 3, 1987.
- 79- ESMEIN, Paul. *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la delictuelle.* *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* Paris : [s.n.], 1933.

- 80- -----, *L'obligation et la responsabilité contractuelle. Études Ripert.* t. II. Paris : Dalloz, 1950.
- 81- **ESPAÑA.** *Ministério de Sanidad y Consumo. El médico ante el derecho.* Madrid : Mijan, 1990.
- 82- **ESPAÑA.** *Ministério de Justicia. Anuario de Derecho Civil.* LOBATO GOMEZ, J. Miguel. *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. Anuario de Derecho Civil.* Tomo XLV, Fascículo II. Madrid : abr./jun., 1992.
- 83- **ESPINOSA, Baruch de. Ética.** Trad. Marilena de Souza Chauí Berlinck. São Paulo : Abril Cultural, 1973.
- 84- **FACHIN, Luiz Edson.** O novo direito civil: naufrágio ou porto? *In* CHAGAS, Silvio Donizete (Org.). **Lições de direito civil alternativo.** São Paulo : Acadêmica, 1994.
- 85- -----, *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. In* **Jurisprudência brasileira cível e comércio.** Curitiba : Juruá, v. 172, p. 45-50, 1994.
- 86- ----- (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- 87- **FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. Direito das obrigações.** Coimbra : Almedina, v. 1. 2, 1990.
- 88- **FARJART. G. Droit privé de l'économie. Théorie des obligation** Paris : PUF, 1975.
- 89- **FÁVERO, Flaminio. Medicina legal.** 4. ed. São Paulo : Martins, 1963.
- 90- **FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa.** 1. ed. 15. imp. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1975.

- 91- FRADARA, Vera Maria Jacob. **A responsabilidade civil dos médicos.** Trabalho apresentado em seminário do curso de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, 1991. Cópia do original.
- 92- FRAGA, Jordano Francisco. *La responsabilidad contractual.* Madrid : Civitas, 1987.
- 93- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico.** 2. ed. São Paulo : Fundo Editorial BYK, 1978.
- 94- ----- . ----- . 4. ed., 1987.
- 95- ----- . Erro médico - um enfoque político. **ARQUIVOS do Conselho Regional de Medicina do Paraná,** Curitiba, v. 7, n. 27, p. 48-155, jul./set. 1990.
- 96- ----- . Aspectos médico-legais em anestesiologia pediátrica. **Anestesia em revista.** Rio de Janeiro, ano XLVIII, n. 1, p. 19-23, jan./fev. 1998.
- 97- FROSSARD, J. *La distinctions des obligations de moyen et des obligations de résultat.* Paris : Dalloz, 1976.
- 98- GAMA-RODRIGUES, Joaquim; HABR-GAMA, Angelita. A importância do ensino na prevenção do erro médico. **Ars Curandi,** São Paulo, v. 24, n. 3, p. 18-25, mar. 1991.
- 99- GAMARRA, Jorge. *Responsabilidad contractual objetiva.* In BUERES, Alberto José (Coord.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio.* t. II. Buenos Aires : Abeledo – Perrot, 1997.
- 100- ----- . *Obligaciones de medios, de resultado y de seguridad.* **Anuario de Derecho Civil Uruguayo.** t. XIII, 1983.
- 101- GAUDERER, E. Cristian. **Os direitos do paciente – um manual de sobrevivência.** 2. ed. Rio de Janeiro : Record, 1991.

- 102- GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad profesional*. Buenos Aires : Astrea, 1998.
- 103- GIORGINAI, M. *Novissimo Digesto italiano*. Torino : [s.n.], v. XI, 1965.
- 104- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico *versus* erro de magistrado. **Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris – Boletim Informativo**. Curitiba, n. 12, p. 2.607-8, 30 abr. 1995.
- 105- ----- . Erro médico. Condições de trabalho médico. **ARQUIVOS do Conselho Regional e Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 13, n. 49, p. 1-17, jan./mar. 1996.
- 106- ----- . **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba : Juruá, 1998.
- 107- GOLDSCHIMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona : Labor, 1936.
- 108- GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 21. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1981.
- 109- GOMES, Júlio César Meirelles. Erro médico. Reflexões. **Revista Bioética**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 139-46, [199-].
- 110- GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro : Forense, 1961.
- 111- ----- . **Introdução ao direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1977.
- 112- GONÇALVES, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 1994.
- 113- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. . t. 1. São Paulo : Max Limonad, v. 1, 1958.

- 114- GULLO, Carla; VITÓRIA, Gisele. Até os deuses erram. **Isto é**, São Paulo, n. 1347, p. 87-91, 26 julho 1995.
- 115- HADBA, Assaf. Medicina e erros médicos. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 26-31, mar. 1991.
- 116- HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Filosofia da história**. Textos didáticos. Rio de Janeiro : Zahar, 1969.
- 117- HIGHTON, Elena I.; WIERZBA, Sandra M. *La relación médico-paciente : el consentimiento informado*. Buenos Aires : AD-HOC, v. 1, 1991.
- 118- HIYAMA, Darryl T.; ZINNER, Michael J. Complicações cirúrgicas. *In* SCHARTZ, SHIRES & SPENCER. **Princípios da Cirurgia**. Rio de Janeiro : Interamericana Mc Graw-Hill, v. 1, 1993.
- 119- HODJA, Matilde Josefina Sutter. Da responsabilidade civil e penal dos médicos. **Revista da Faculdades de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo**, p. 270-280, 1988.
- 120- HUME, David. *Traité de la nature humaine*. Trad. do inglês André Leroy. Paris : Aubier, 1983.
- 121- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte Geral. 3. ed. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1992.
- 122- ----- . **Comentários ao código penal**. Parte geral. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1986.
- 123- JIMENEZ HUERTA, Marrano. *La antijuricidad*. Mexico : Imprenta Universitaria, 1952.
- 124- JOLIVET, Régis. **Tratado de filosofia**. Metafísica. Trad. Maria da Glória Pereira Pinto Alcure. 2. ed. rev. Rio de Janeiro : Agir, 1972.

- 125- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 2. éd. Paris : Dalloz, 1994.
- 126- KFOURI NETO, Miguel. A responsabilidade civil do médico. Separata de **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, n. 158, p. 37-61, jul./ago. 1990.
- 127- ----- . Responsabilidade civil do médico. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 1998.
- 128- KOERNER JÚNIOR, Rolf. Erros médicos: II. Doutrina e conseqüências ético-legais. **ARQUIVOS do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 7, n. 26, p. 82-88, abr./jun. 1990.
- 129- KORNBROST, Louis. *La responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française*. Paris : Flammarion, 1957.
- 130- LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 6. éd. Paris : Sirey, v. 1, 1962.
- 131- LANDMANN, Jayme. **Saúde e medicina: fatos e ficção**. Rio de Janeiro : Guanabara, 1986.
- 132- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile* 3. éd. Paris : Dalloz, 1982.
- 133- LEME, Pedro Alcântara da Silva. O erro médico e suas implicações penais e civis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121-130, jan./mar. 1993.
- 134- LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo : Empresas Gráficas da Revista dos Tribunais, 1938.
- 135- ----- . -----, 1960.
- 136- LINS, Paulo Sérgio da Costa *et al.* (Coord.) **Responsabilidade civil - atividade médico hospitalar**. Rio de Janeiro : Esplanada, 1993.

- 137- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília : Brasília Jurídica, 1999.
- 138- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, v. 1-2, 1957.
- 139- -----, -----, 5. ed., 1989.
- 140- MACEDO, Silvio de. *In* **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo : Saraiva, v. 14, 1978. Verbete "causa".
- 141- MAGALHÃES, Délio. *In* **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo : Saraiva, v. 24, 1978. Verbete "dever legal e exercício regular de direito".
- 142- MAGALHÃES, Tereza Ancona de. **O dano estético - responsabilidade civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- 143- -----, *In* **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo : Saraiva, v. 60, 1977. Verbete "presunção".
- 144- -----, Responsabilidade civil do médico. *In* CAHALI, Yussef Saad (Coord.). **Responsabilidade civil**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo : Saraiva, 1984.
- 145- MARCHESINI, João Batista. Erro médico. A visão do profissional. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 73-84, mar. 1991.
- 146- MARGULIS, Lynn, SAGAN, Dorion. **Microcosmos**. New York : Summit, 1986.
- 147- MARTIN, Leonard Michel. O erro médico e a má prática nos códigos brasileiros de ética médica. **Revista bioética**, Brasília, v. 2, p. 163-173, 1994.



- 148- MARTON, G. *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris : Sirey, 1937.
- 149- ----- . *Obligations de moyens et obligations de résultat*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris : [s.n], 1935.
- 150- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *The tree of knowledge*. Boston : Shambhala, 1987.
- 151- ----- . **A árvore do conhecimento** : as bases biológicas do entendimento humano. Trad. Jonas Pereira dos Santos. Campinas : Editorial Psy II, 1995.
- 152- MAYO, Jorge A. *La imposibilidad del cumplimiento*. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, Santa Fé, n. 17, p. 44, 1998.
- 153- MAZEAUD, Henri. *Essai de classification des obligations*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 35, 1936.
- 154- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 4. éd. Paris : Sirey, v. 1, 1947.
- 155- MENDES, Eugênio Villaça. Mesa-redonda : sangue e qualidade de vida. **Revista Espaço para a Saúde**, Curitiba, v. 4, n. 4, p. 19-22, jan. 1995.
- 156- MENGONI, Luigi. *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*. *Studio critico*. Milano : Casa Editrice Francesco Vallardi, 1954.
- 157- MIRANDA, Pontes de. **Manual do Código civil**. Direito das obrigações. 3. ed., t. 1, Rio de Janeiro : Jacinto Ribeiro dos Santos, v. 16, 1927.
- 158- MIRIO, Carmen C. O.; FERNANDES, Rute A. J. **Erro médico visto pelos tribunais**. São Paulo : Edipro, 1991.

- 159- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das obrigações. 22. ed., 1ª e 2ª parte. São Paulo : Saraiva, v. 4. 5, 1988.
- 160- MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro : Anaconda, 1986.
- 161- -----. **Ressarcimento de danos pessoais e materiais**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Âmbito Cultural Edições, 1992.
- 162- MORAES, Francisco Chagas de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 672, p. 275-276, out. 1991.
- 163- MORAES, Irany Novah, **Erro médico**. 2. ed. São Paulo : Santos Maltese, 1992.
- 164- -----. Profissão sob suspeita. **Problemas brasileiros**. n. 289. jan./fev. 1992. p. 4-9.
- 165- -----. O país do erro médico. **Revista Veja**. ed. 1.182. n. 20. 15 maio 1991. p. 7-9.
- 166- -----. **Erro médico e a lei**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 167- MOREAU, Alfred. *La responsabilité médicale*. Bruxelles : B.C. Éditeurs, 1891.
- 168- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro : Forense, v. II, 1972.
- 169- MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1988.
- 170- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad civil del médico. *In Seguros y responsabilidad civil*. n. 2. Buenos Aires : Editorial Astrea, 1979.

- 171- -----, *La responsabilidad del médico*. Buenos Aires : Astrea, 1979.
- 172- MUNHOZ Y LARRAZ, Gustavo Lopes. *Defensas en las negligencias médicas*. 2. ed. Madrid : Dykinson, 1991.
- 173- NASCIMENTO, José Amado. Relações Jurídicas. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo : Saraiva, v. 64, 1977.
- 174- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade civil no código do consumidor**. Porto Alegre : Aide, 1991.
- 175- NASSIF, Antonio Celso Nunes. O erro e o médico. *Ars Curandi*, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 16-17, mar. 1991.
- 176- NEVES, Antonio Castanheira. **Questão de fato - Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade** (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra : Livraria Almedina, v. 1, 1967.
- 177- OLIVEIRA, João Batista de; COSTA JÚNIOR. **Aspectos médico-legais da anestesia**. São Paulo : DGSB São Camilo, 1962.
- 178- ORSI, Luigi. *Riflessioni in torno al concetto di colpa professionale in la responsabilità medica*. Collano della Rivista Responsabilità Civile e Previdenza. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1982.
- 179- PACHECO, Newton. **O erro médico: a responsabilidade penal**. Porto Alegre : Livrarias do Advogado, 1991.
- 180- PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- 181- PARANÁ. Tribunal de Alçada. Acórdão. Apelação Criminal nº 0111801-6. Relator: Juiz Luiz Cesar de Oliveira. 25 mar. 1999. DJPR, p.119. 9 abr. 1999.

- 182- PECO, José. *Proyecto de Código Penal, Exposición de Motivos*. Buenos Aires : Arayá, 1942.
- 183- PEIXOTO, Ivanyr Marsicano; OLIVEIRA, Sérgio Rodrigues de. E o que é erro médico? *Revista de Resseguros do Brasil*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 13-18, set./dez. 1983.
- 184- PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris : Sirey, 1977.
- 185- ----- . *La responsabilité du médecin*. Paris : Dalloz, 1992.
- 186- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Da responsabilidade médica. *ADV Seleções Jurídicas*, São Paulo, v. 2, p. 5-10, jun. 1994.
- 187- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- 188- PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires : Astrea, 1978.
- 189- ----- . *Las responsabilidades profesionales. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*. La Plata : Platense, 1992.
- 190- PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamientos de las cargas probatorias "dinamicas"*. *El Derecho*, Buenos Aires, t. 107, 1984.
- 191- PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- 192- PICASSO, Sebastián. *La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios*. *La Ley*, Buenos Aires, 17 mayo 2000. Año LXIV, n. 95.
- 193- PINOTTI, Henrique Walter. Profilaxia do erro médico. Decálogo do comportamento profissional. *Ars Curandi*, São Paulo, n. 3, v. 24, p. 8, mar. 1991.

- 194- -----. Erro médico. O cirurgião e sua competência. p. 87-89.
- 195- -----; DOMENE, Carlos Eduardo. Erro médico. Estudo analítico de suas raízes. **Ars Curandi**, São Paulo, v.24, n. 3, p. 61-68, mar. 1991.
- 196- PIZARRO, Ramón Daniel. *El daño moral en el incumplimiento contractual*. t. 1 **Revista de Derecho Privado y Comunitário**, Santa Fé, Argentina, v. 17, 1998.
- 197- PLANQUELL, André. *Obligations de moyens, obligations de résultat*. **Revue trimestrielle de droit civil**, Paris, 1972.
- 198- PRIGOGINE, Ilya. *Dissipative structures in chemical systems*. In Stig CLAESSEN (org.). *Fast reactions and primary processes in chemical kinetics*. New York : Interscience, 1967.
- 199- -----. *The philosophy of instability*. **Futures** n. 21, 4, 1989. p. 396-400.
- 200- PROENÇA, Nelson Guimarães. Erro médico : reflexões e sugestões. **Ars Curandi**, São Paulo, n. 3, v. 24, p. 9-10, mar. 1991.
- 201- PUECH-LEÃO, L. E. Erros médicos ou erros do sistema? **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 39-45, mar. 1991.
- 202- RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. Erro médico. Aspectos jurídico e médico-legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 625, p. 415-419, nov. 1987.
- 203- RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. t. 1, São Paulo : Max Limonad, v. 1, 1951.
- 204- REGO, Sérgio; MACHADO, Maria Helena. Médicos em números. Pesquisa. **Diálogo Médico**, São Paulo, n. 3, p. 36-38, mai./jun. 1995.
- 205- REPRESAS, Felix A. Trigo. *Reparación de daños por mala praxis médica*. Buenos Aires : Hammurabi. 1995.

- 206- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação Cível nº 6.348. Onofre Moreira e Etelvina Barbosa dos Santos. Relator: Des. Décio Xavier Gama. 25 mar. 1993. Cópia de documento original.
- 207- -----, -----, Ementa. Apelação Cível nº 17.613. Relator: Des. Felisberto Ribeiro. 20 ago. 1981. *In Revista dos Tribunais*, v. 558, São Paulo : RT, abr. 1982. p. 178-80.
- 208- -----, -----, Ementa. Embargos Infringentes nº 180/98. Wanda Elizabeth Massieri Correa e Arine Maria Daumas Teixeira. Relator: Des. Ruy Athayde Alcântara de Carvalho. *Revista Platiko's*, jul/ago, 1999. p. 10.
- 209- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo : Saraiva, v. 4, 1979.
- 210- ROJAS, Nerio. *Medicina legal*. 11. ed. Buenos Aires : Libreria El Ateneo Editorial, 1976.
- 211- ROZOVSKY, Fay. *Consent to treatment. A practical guide*. Maryland : Aspen Publisher, 1990.
- 212- SÁ, Fernando Oliveira. **Clínica médico-legal da reparação do dano corporal em direito civil**. Coimbra : Lael, 1992.
- 213- SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios : a ciência vista como uma vela no escuro**. São Paulo : Companhia das Letras, 1996.
- 214- SALLEILES, Raymond. *De la personnalité juridique. Histoires et théories*. Paris : LGDI, 1910.
- 215- SANTOS, Ulderico Pires dos. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- 216- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. t. 1 e 2 Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1939.

- 217- -----, -----, 2. éd. 1951.
- 218- SCHATZ, SHIRES & SPENCER. **Princípios da Cirurgia**. Rio de Janeiro : Interamericana Mc Graw-Hill. v. 1, 1993.
- 219- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, v. 1, 1996.
- 220- -----, -----, 2. ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, v. 5, 1957.
- 221- SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como processo**. São Paulo : José Bushatsky, 1976.
- 223- SILVA, Francisco R. M. Moraes. Erros médicos : II. Doutrina e consequências ético-legais. **ARQUIVOS do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 7, n. 26, p.74-81, abr./jun. 90.
- 223- SILVA, Wilson de Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1974.
- 224- SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 674, p. 57-62, dez. 1991.
- 225- SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. Rio de Janeiro : J. Konfino, 1947.
- 226- SOUZA, Daniel Coelho de. *In* **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 24, São Paulo : Saraiva, 1977. Verbete “dever jurídico”.
- 227- SOUZA, Djalma Sanzi. A saúde no sistema único de saúde. **Divulgação**, Porto Alegre, n. 6, p. 4-9, 1994.
- 228- SOUZA, Maria Cristina de. Acerca da denúncia e erro médico. A patologia da relação médico-paciente. **Ars Curandi**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 32-4, mar. 1991.

- 229- STARK, Boris. *Droit Civil. Obligations*. Paris : Litec, 1995.
- 230- STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 231- ----- . Responsabilidade civil dos profissionais liberais e dos prestadores de serviços. *Tribuna da Magistratura*, São Paulo, n. 75, p. 65-73, set. 1996.
- 232- SURGIK, Aloisio. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 60, p. 389. Verbete “presunção absoluta e relativa. Teoria da prova”.
- 233- SZAFIR, Dora; VENTURINI, Beatriz. *Responsabilidad médica en el Mercosur*. Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- 234- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 235- THOUVENIN, Dominique. *La responsabilité médicale*. Paris : Flammarion, 1995.
- 236- TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Buenos Aires : Hammurabi, 1998.
- 237- TRIGO REPRESAS, Félix. *Reparación de daños por mala praxis médica*. Buenos Aires : Hammurabi, 1995.
- 238- TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. éd. Paris : Économica, 1989.
- 239- URRUTIA, Amílcar R.; URRUTIA, Déborah M.; URRUTIA, César A. *et al. Responsabilidad médico-legal de los obstetras*. Buenos Aires : La Rocca, 1995.
- 240- ----- . *Responsabilidad médico-legal de los cirujanos*. Buenos Aires : Hector A. Macchi, 1995.



- 241- -----. *Responsabilidad médico-legal de los anestésistas*. Buenos Aires : La Rocca, 1996.
- 242- U.S. Council of Judges, "Guides to the Judge in Medical Orders Affecting Children". Apr. 1968, (EUA). In **Cuidados com a família e tratamento médico para as Testemunhas de Jeová**. São Paulo : Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1995.
- 243- VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. São Paulo : Forense, v. 1, 1977.
- 244- -----. **Das obrigações em geral**. 7. ed. rev. act. Coimbra : Livraria Almedina, v. 1, 1991.
- 245- VAZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio. *Prueba de la culpa médica*. 2. ed. Buenos Aires : Hammurabi, 1993.
- 246- -----. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires : Hammurabi, 1992.
- 247- -----. *La responsabilidad contractual objetiva*. *Revista de Jurisprudência Argentina*, Buenos Aires, v. II, p. 999-1004, 1988.
- 248- VIGNY, Paul. *Responsabilité contractuelle et force majeure*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris : [s.n.], 1935.
- 249- WEINGARTEN, Celia. *Responsabilidad por prestaciones odontológicas*. Buenos Aires : Astrea, 1997.
- 250- WIKINSKI, Jaime. *Responsabilidad profesional del anestesiólogo y riesgo anestésico – I. Responsabilidad profesional del anestesiólogo. ¿Qué es la anestesiología?* In **Revista Argentina de Anestesiología**. Buenos Aires, v. 53, n.3, p. 195-204, 1995.
- 251- YÁGÜEZ, Ricardo de Ángel. *Responsabilidad civil por actos médicos – Problemas de prueba*. Marid : Civitas, 1999.

- 252- YUNGANO, Arturo Ricardo; LÓPEZ BOLADO, Jorge D.; POGGI, Victor Luis **et al.** *Responsabilidad profesional de los médicos - cuestiones civiles, penales, médico-penales, deontológicas*. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1982.
- 253- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal. Parte general.* t. III. Buenos Aires : Edica, 1981.
- 254- ZAMPIERI JUNIOR, Sidney; MOREIRA, Alexandre. Erro médico. Semiologia e implicações legais. **JBM - Jornal Brasileiro de Medicina**, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 116-120, jul. 1995.
- 255- ZANNONI, Eduardo A. *El dano en la responsabilidad civil.* 2. ed. act. y ampl. 1ª reimpr. Buenos Aires : Astra, 1993.
- 256- ZAVALA DE GONÇALVES, Matilde. *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*. Buenos Aires : Hammurabi, 1991.
- 257 - ZUCCHERINO, Ricardi Miguel. *La praxis médica en la actualidad*. Buenos Aires : Depalma, 1994.

## ÍNDICE

<b>RESUMO</b> .....	x
<b>RESUMÉ</b> .....	xi
<b>ABSTRACT</b> .....	xii
<b>RESUMEN</b> .....	xiii
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. O MÉDICO E O PACIENTE: UMA RELAÇÃO JURÍDICA</b> .....	9
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	9
2.2 O INDIVÍDUO E O FATO SOCIAL COMO GERADOR DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA .....	10
2.2.1 Diferenças entre Relações Sociais e Relações Jurídicas .....	13
2.3 A RELAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO PERLINGIERI .....	14
2.4 A RELAÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS SUBJETIVOS NA VISÃO LUSITANA .....	17
2.5 A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE MÉDICO E PACIENTE .....	19
2.6 A INSUFICIÊNCIA DO GENÉRICO NA CONCEITUAÇÃO DE UMA TOTALIDADE .....	21
2.7 RELEVÂNCIA JURÍDICA DA EXPECTATIVA NA RELAÇÃO MÉDICO- PACIENTE .....	23
2.7.1 O Elemento “Expectativa” sob a Óptica do Código do Consumidor .....	24
2.8 DENÚNCIA .....	27
2.8.1 Caso Concreto .....	28
<b>3. MEDICINA – A PRÁTICA DE UM DEVER: OBRIGAÇÃO JURÍDICA E UM DITAME DE CONSCIÊNCIA</b> .....	31
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	31
3.2 OS DEVERES DE DIREITO E AS OBRIGAÇÕES MORAIS .....	31
3.3 DEVER LEGAL E EXERCÍCIO DE UM DIREITO: SUA CORRELAÇÃO COM A PROFISSÃO MÉDICA .....	33
3.4 DIFERENCIAÇÃO DOS DEVERES. O DEVER DO CIRURGIÃO PLÁSTICO .....	35
3.5 O TRABALHO MÉDICO: CUMPRIMENTO DE UM DEVER OU EXERCÍCIO DE UM DIREITO? .....	37
3.6 O EXERCÍCIO DA MEDICINA E A POSSIBILIDADE DE MATAR .....	39
3.6.1 Estrito Cumprimento do Dever Legal .....	39
3.6.2 Exercício Regular de um Direito .....	40
3.7 AS FIGURAS EXCLUDENTES DA LESÃO NA ATUAÇÃO MÉDICA .....	40
3.8 O DEVER DO MÉDICO FRENTE AO CONTEÚDO DO ARTIGO 58 DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA .....	42
3.9 ANÁLISE DO CASO CONCRETO .....	43

<b>4. DA PRESTAÇÃO</b> .....	46
4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	46
4.2 O OBJETO DA OBRIGAÇÃO: A PRESTAÇÃO .....	48
4.3 PRESTAÇÕES INSTANTÂNEAS E PRESTAÇÕES DURADOURAS .....	50
4.4 TIPO DE PRESTAÇÕES FUNGÍVEIS E NÃO FUNGÍVEIS NO ATENDIMENTO MÉDICO .....	51
4.5 PATRIMONIALIDADE OU CONTEÚDO ECONÔMICO DA PRESTAÇÃO .....	52
4.5.1 O Conteúdo da Prestação Obrigacional do Médico .....	54
<b>5. SOBRE A IMPUTABILIDADE</b> .....	57
5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	57
5.2 IMPUTABILIDADE E RESPONSABILIDADE .....	58
5.2.1 Imputabilidade e Ilicitude .....	59
5.3 O DOLO E A CULPA NO FATO ILÍCITO .....	60
5.4 SOBRE A DILIGÊNCIA .....	61
5.5 A DILIGÊNCIA COMO CRITÉRIO DE IMPUTABILIDADE .....	62
5.6 A INIMPUTABILIDADE DO MÉDICO POR DOENÇA MENTAL .....	64
5.7 A LICITUDE DO TRATAMENTO MÉDICO .....	65
5.8 SOBRE O CONSENTIMENTO PARA TRATAMENTO MÉDICO .....	67
5.8.1 Pressupostos, Elementos Constitutivos e Condições de Validade do Consentimento .....	68
5.9 O CONSENTIMENTO INFORMADO. OS PROTOCOLOS .....	71
5.9.1 O Valor do Consentimento Informado .....	73
5.10 A PROBLEMÁTICA DO PACIENTE QUE DISSENTE .....	74
5.10.1 A Providência Judiciária perante o Dissenso do Titular do Direito .....	76
5.11 O CONSENTIMENTO DO MENOR. POSSIBILIDADE .....	79
<b>6. DA PRESUNÇÃO</b> .....	85
6.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	85
6.2 ALCANCE E RAZÃO DE SER DAS PRESUNÇÕES .....	86
6.3 A PRESUNÇÃO DE CULPA E A SEARA MÉDICA .....	88
6.4 A PRESUNÇÃO DE CULPA NA VISÃO ARGENTINA: O PENSAMENTO DE BUERES .....	94
6.4.1 A Presunção de Culpa na Visão Uruguaia: o Pensamento de Gamarra .....	97
6.5 A VISÃO BRASILEIRA E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL .....	98
<b>7. REVISITANDO DEMOGUE: SEU PENSAMENTO E SUA ÉPOCA</b> .....	101
7.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	101
7.2 RACIONALIDADE E ADEQUAÇÃO .....	102
7.3 A OBRIGAÇÃO E A OBJETIVIDADE DO LIAME OBRIGACIONAL NA VISÃO DE DEMOGUE .....	103
7.4 RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL MÉDICA NA VISÃO DE DEMOGUE .....	106
7.5 A ÉPOCA DE DEMOGUE E A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO NA SUA VISÃO .....	110

7.6 A RACIONALIZAÇÃO E O ELEMENTO ÁLEA .....	113
7.7 DENÚNCIA .....	114
<b>8. POSTURA CRÍTICA EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO .....</b>	<b>118</b>
8.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	118
8.2 EVOLUÇÃO JURÍDICA DA DICOTOMIA: ELIMINAÇÃO OU AMPLIAÇÃO .....	118
8.3 PRESTAÇÕES OBRIGACIONAIS DIFERENTES QUE SE JUSTAPÕEM ...	121
8.4 POSSIBILIDADE DE GRADAÇÕES NAS OBRIGAÇÕES .....	124
8.4.1 Limitação da Dicotomia: Crítica e Sugestões .....	125
8.4.2 Questionamento: o Âmbito de Aplicação das Obrigações de Meio e de Resultado .....	126
8.5 CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO .....	127
8.6 ELEMENTOS DE DISTINÇÃO .....	129
8.6.1 A Análise da Vontade das Partes .....	129
8.6.2 Exame da Natureza das Prestações .....	130
8.6.2.1 O fator álea .....	131
8.6.2.2 O papel da vítima .....	132
8.6.2.3 As considerações de equidade .....	133
<b>9. DA TIPOLOGIA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO .....</b>	<b>135</b>
9.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	135
9.2 DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO: ANÁLISE .....	136
9.3 DA IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE INSATISFAÇÃO E DESCUMPRIMENTO .....	140
9.4 DA OBRIGAÇÃO DE MEIO. ANÁLISE .....	141
9.4.1 Os Elementos <i>Pessoa, Tempo e Lugar</i> .....	141
9.4.2 Análise Comparativa .....	142
<b>10. A PRESTAÇÃO OBRIGACIONAL NA ÁREA DA ANESTESIOLOGIA .....</b>	<b>145</b>
10.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	145
10.2 AS RELAÇÕES PROFISSIONAIS DO ANESTESIOLOGISTA .....	147
10.3 A PRESTAÇÃO OBRIGACIONAL DO ANESTESIOLOGISTA : PECULIARIDADES .....	152
10.4 A RESPONSABILIDADE ÉTICO-LEGAL DO ANESTESIOLOGISTA .....	156
10.4.1 A Culpa na Seara da Anestesiologia: a Imperícia, a Imprudência e a Negligência .....	159
10.4.2 Os Elementos <i>Pessoa, Tempo e Lugar</i> no Âmbito da Anestesiologia ...	162
10.5 DEVERES DO ANESTESIOLOGISTA E DO PACIENTE .....	164
10.5.1 Dos Deveres do Paciente .....	168
10.6 NATUREZA DA PRESTAÇÃO DO ATO ANESTÉSICO .....	171
10.6.1 Conseqüências Jurídicas .....	172
10.6.2 Responsabilidade Objetiva do Anestesiologista .....	175

<b>11. O INADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO. SUA DETERMINAÇÃO</b> .....	177
11.1 O PAPEL DA DILIGÊNCIA NA CONFIGURAÇÃO DO CONTEÚDO DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO .....	178
11.1.1 Análise da Posição e Situação das Partes na Relação Médico-paciente. ....	179
11.1.2 Análise de Outros Elementos que Podem Favorecer o Inadimplemento .....	180
<b>12. SOBRE A CARGA PROBATÓRIA</b> .....	183
12.1 A CARGA PROBATÓRIA NAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO .....	183
12.1.1 A Inversão do Ônus da Prova .....	184
12.2 A CONDUTA DILIGENTE E A CARGA PROBATÓRIA .....	186
12.3 DISTRIBUIÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA .....	189
12.4 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA .....	192
12.5 OUTRAS TENDÊNCIAS .....	197
<b>13. EXCLUDÊNCIAS NA RESPONSABILIDADE MÉDICA</b> .....	200
13.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	200
13.2 ELEMENTOS QUE PODEM INTERFERIR NA RESPONSABILIZAÇÃO .....	200
13.3 POSSIBILIDADES DE EXCLUDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE .....	201
13.3.1 Caso Fortuito .....	202
13.3.2 Força Maior .....	203
13.3.3 Culpa Exclusiva da Vítima (paciente) .....	204
13.3.4 Fato de Terceiros .....	204
13.3.5 Fato das Coisas .....	205
<b>14. ALTERAÇÕES E DINÂMICA DOS SERES VIVOS – A UNIVERSALIDADE DE CADA SER</b> .....	211
14.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	211
14.2 O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E A INTERAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE .....	212
14.2.1 As Estruturas Dissipativas de Prigogine .....	216
14.2.2 Uma Binariedade Computadorizada ou a Possibilidade Combinatória da Química? .....	218
14.3 DA NECESSIDADE (ÀS VEZES) DE UMA RUPTURA .....	220
14.4 DA SUBJETIVIDADE DO SER .....	221
14.5 DA IMPORTÂNCIA DA FLEXIBILIDADE NA DIVERSIDADE .....	225
<b>15. PROPOSIÇÕES E CONCLUSÕES</b> .....	228
PROPOSIÇÃO I .....	229
PROPOSIÇÃO II .....	230
PROPOSIÇÃO III .....	234
PROPOSIÇÃO IV .....	238
<b>ANEXOS</b> .....	239

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	264
<b>ÍNDICE</b> .....	286