Doutrina

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: VISÃO BIOÉTICA

RACHEL SZTAJN

Todos os estudos sobre responsabi-lidade de profissionais liberais, especialmente na área da saúde, são uniformes: a responsabilidade civil de médicos por danos causados no exercício de sua atividade é subjetiva, exige além do dano e nexo da causalidade, a demonstração de ter o profissional agido culposamente. Eventual ação dolosa, prática de ato ilícito, há de ser considerada não como ato praticado por profissional da medicina mas como ato praticado por qualquer pessoa, exceto, talvez, para agravar a pena. Isto porque, dado o tipo de atividade que exerce, de caráter personalíssimo muitas vezes, mas sem dúvida baseada em relação de confiança, o abuso da posição há de ser considerado contra o profissional que dela fizer mau uso.

Mas, se essa doutrina, calcada na distinção entre obrigações de meio e de resultado, que entende que, quanto à obrigação de curar não pode o profissional oferecer mais do que seus melhores esforços, qualquer garantia ou promessa de resultado afastado da realidade, do conhecimento, das experiências anteriores, parece estar em vias de desaparecer.

As razões podem estar presas a diferentes fatores. De um lado os avanços tecnológicos que levam à criação de aparelhos mais precisos utilizados nos diagnósticos; novas drogas que permitem melhores resultados nos tratamentos; novas formas de combinar terapias que produzem resultados

mais eficazes e duradouros. De outro as promessas ou aparentes promessas feitas por médicos aos clientes que, a par do reconhecimento dos direitos individuais, das proibições de experimentações em e com seres humanos, parecem ampliar os limites da culpa, acabando por assemelhá-la à responsabilidade sem culpa.

Sem aprofundar as razões acima suscintamente apresentadas passa-se à análise de motivos que possam justificar essa súbita alteração de curso em área tão importante da atividade humana.

Em verdade trata-se aqui de responsabilidade profissional, responsabilidade essa que contempla o aspecto jurídico e o ético. Se os aspectos ético e moral podem se constituir em excludentes de responsabilidade no plano jurídico, que consiste na impunidade por falta de regras jurídicas que permitam punir o responsável pelo dano, com base nesse tipo de raciocínio, aproximando a arte curativa de poderes mágicos, divinos, ficava fácil explicar porque o profissional que agisse com diligência, prudência e dentro das *leges artis* fosse inimputável no plano do direito.

Essa mesma razão pode ser transposta para atividades como o sacerdócio, a advocacia e a magistratura, no seu mister de fazer ou distribuir justiça. Claro que a palavra profissão, do latim *professio*, que tem o substantivo *fassio* e o adjetivo *fassus* indicativos de confissão pública, promessa ou consagração ao lado de profissão. Assim para Cícero o *profiteri se medicum*, *gramaticum*, tinha o sentido de confessarse publicamente, ser reconhecido publicamente como médico. A consagração social e pública de que gozavam os exercentes da profissão médica perdura até muito recentemente por força da orientação social da atividade.

Espera-se do médico altruísmo, esforço desinteressado em benefício da coletividade, tal como aparece no Juramento Hipocrático. Uma tal "responsabilidade moral e ética" poderia ensejar o afastamento da responsabilidade jurídica. Daí que a responsabilidade subjetiva fosse o modelo ideal por recair sobre membros do grupo que, de alguma maneira, tivessem afrontado as regras éticas. Há quem afirme que, diante das profissões clássicas, a sanção jurídica se manifesta sempre mais tardiamente, por ser posterior ao fato, enquanto que a moral o precede.

Assim, a profissão está fundada primariamente na responsabilidade moral, na lex artis e, subsidiariamente, na responsabilidade jurídica como se verifica da elaboração dos códigos de ética médica ou de deontologia profissional. A lei da arte (Lex Artis) é, em sentido amplo, o conjunto de regras e princípios para fazer as coisas bem ou artisticamente, de sorte que cada profissão ou atividade tem sua própria lex artis, mas, todas têm em comum o fazer bem, fazer com diligência e técnica adequada. Pode-se concluir que obedecer às legis artis precede o atender às normas informadoras da profissão e, até, aos códigos de ética profissional.

Em medicina isto significa ter conhecimento teórico e prático da matéria mas também perícia no exercício da área; utilizar métodos de diagnóstico adequados sempre em benefício do paciente; cuidar para que o tratamento resulte em benefício superior aos danos que possa produzir; empregar técnicas já suficientemente conhecidas e testadas. Nesse campo da respon-

sabilidade ética e moral dos médicos, os julgamentos se fazem pelos Conselhos Regionais ou Federal; porém, atualmente, a questão da responsabilidade dos médicos se põe de forma mais aguda, uma vez que, aparentemente, paira na sociedade algum nível de insatisfação com os julgamentos exarados por tais Conselhos compostos de profissionais. Assim parece que as formas clássicas de controle e responsabilização do exercício profissional dos médicos deve ser submetida a padrões aplicados a profissões outras que têm contribuído para aperfeiçoar as relações entre profissionais e clientes.

O médico responde, pelo fato de exercer a profissão, por assumir certos riscos a ela inerentes, como: riscos por erro de diagnóstico; risco por erro terapêutico; riscos por erros de procedimentos decorrentes quer de fatores exógenos quer de conduta pessoal.

Os riscos por erro de diagnóstico podem derivar de falta de exames para o mal; insuficiência de testes; exigir exames mais arriscados para o paciente sem levar em conta outras alternativas menos perigosas; interpretação equivocada dos exames ou não conseguir chegar ao diagnóstico; pedir exames extemporâneos (tardios, por exemplo); diagnosticar tardiamente.

Os riscos por erro de tratamento são dos tipos: tratamento inadequado qualitativa e quantitativamente; por omissão ou comissão; tratamentos contra-indicados; interação medicamentosa; efeitos colaterais previsíveis e imprevisíveis; falta de controle de medicação; tratamentos de alto risco.

Erros decorrentes de fatores exógenos seriam: omissão ou ocultação pelo paciente de dados que levam a condutas incorretas; uso inadequado da medicação pelo paciente; mistura de tratamentos sem consulta ao médico; insuficiência ou inadequação dos recursos nos centros em que o médico atende. A par desses erros decorrentes de conduta pessoal do médico são do tipo: não obediência aos preceitos éticos e morais informadores da profissão; quanto a con-

tágios, infecções, vacinações; assistenciais; quebra de sigilo profissional; ocultação de riscos; manifesta falta de atualização nas práticas médicas ou *malpratice*.

Mas, em que consiste a profissão médica? Consiste, diz-se em intervenções ou tratamentos, segundo o estado do conhecimento, visando a prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar uma doenca, sofrimento, lesão, fadiga corporal ou perturbação mental. O que implica que, no caso de procedimento cirúrgico executado por médico como medida terapêutica, não há imputação penal, embora a conduta pudesse ser enquadrada no tipo legal de lesão corporal. Faltaria, no caso, o dolo, a intenção de causar dano. O dolo é elemento fundante da responsabilidade penal, integrado que é pela vontade e a consciência do que faz. Não se confunde com a culpa nem com o caso fortuito ou a força maior.

A qualificação jurídico-penal das intervenções médicas é no sentido de que não constituem ofensa corporal desde que indicados pela ciência médica e destinados à recuperação ou manutenção da saúde do paciente. Não se discute sucesso ou insucesso do procedimento desde que não tenha havido arbitrariedade na conduta médica.

Em discussão sobre os aspectos penais da responsabilidade dos médicos, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria lembra que: "As intervenções médico-cirúrgicas assumem plena relevância penal, já não como atentados à integridade física do paciente, na medida em que correspondam a uma actividade profissional consciente por parte do médico, mas sim como lesões do valor da autodeterminação da pessoa humana, ao serem levadas a cabo contra ou sem a vontade desse mesmo paciente, isto é, com actuações arbitrárias".²

Deixando o aspecto penal, há que investigar em que consiste a relação profissional médico-paciente. A relação médico-paciente tem uma especificidade própria, típica, ainda presa àqueles valores de misticismo do curador, do "salvador de vidas".

Quais os princípios que devem balizar a relação médico-paciente? A bioética oferece como moldura ou pano de fundo para discussão os princípios a seguir:

1. autonomia — a idéia de autonomia implica o reconhecimento ao respeito individual. Isto é, admitir que cada pessoa pode escolher, definir seus objetivos de vida. Ou seia, cada ser humano não tem autoridade nem deve ter poder sobre qualquer outro ser humano, não pode coagir outrem, limitar suas atividades ou impor sua vontade. Reconhecer a autonomia significa reconhecer o poder de decidir sobre o que acontece com o corpo, com a informação sobre a própria vida, os segredos, tomar decisões, enfim, ter direito de autodeterminação, observados a moral, os bons costumes e as normas cogentes próprias do convívio em sociedade.

2. veracidade — O juramento hipocrático não recomenda a veracidade bem assim a Declaração de Genebra da Organização Mundial de Saúde. Até recentemente os Códigos de Ética Médica ignoravam a veracidade como elemento fundamental na relação do médico com seus pacientes. O dever de veracidade pode ser assemelhado à transparência que informa muitas das condutas exigidas de profissionais de outras áreas de atividade. Porém a veracidade no campo da saúde é pressuposto da cooperação e da confiança. Veracidade é mais do que transparência, implica a transmissão de informação precisa, objetiva e de forma inteligível para o ouvinte. Implica não mentir e dizer a quem tem o direito à informação a verdade, embora nem sempre toda a verdade.

Grenzen der ürztlichen Aufklärungsplicht de Bockelmann (nota 10).

^{1.} Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria, Aspectos Jurídico-penais dos Transplantes, Universidade Católica Portuguesa, Editora Porto, 1993, pp. 35 e ss.

Ob. cit., p. 39, com remissão a Figueiredo
Dias, O Problema da Ortotanásia — direito de dispor da própria vida ou Rechtliche Grundlagen und

Ainda quando o procedimento terapêutico não leva a nenhuma técnica invasiva, o dever de veracidade se mantém como elemento vital da relação de confiança que há de existir entre médico, paciente e familiares;

3. privacidade e confidencialidade tratando saúde, do bem-estar biopsíquicosocial das pessoas, o conhecimento que o médico tem do estado de seus pacientes deve ser objeto do mais estrito sigilo e confidencialidade, tal como fazem os clérigos nos casos de confissão: trata-se de manter segredos quando danos podem ser causados pela quebra desse dever. O direito constitucional contra a violação da intimidade, pois é disso que se trata, só pode ser descumprido quando há risco para a comunidade ou saúde pública. É o caso de moléstias infecto-contagiosas que se espalhem rapidamente podendo pôr em risco grandes contingentes populacionais.

O direito à privacidade deriva do direito à vida, à liberdade, à propriedade, mas, especialmente do direito de gozar a vida, de ficar só. O direito de não ser apontado na rua, não ser submetido a tensão ou mal-estar. Charles Fried, citado por Tom L. Beeauchamp e James F. Childress³ diz que privacy is a necesssary condition — "the necessary atmosphere" - for maintaining intimate relationships of respect, love, friendship and trust. Without privacy, he argues these relationships are inconceivable. Mas, acrescentam os autores, o respeito pela autonomia pode ser a melhor explicação para esse princípio. Segundo esse princípio há uma área em que o eu e o direito de protegê-lo restringindo o acesso de terceiros é importante e deve ser protegida.

Por sua vez a confidencialidade da informação decorre da dignidade da pessoa, da autonomia, e do poder que as pessoas têm sobre as informações particulares que prestam aos médicos, somadas àque-

que o tratamento resulte em heneababray

las que decorrem dos resultados dos testes a que tenham sido submetidas.

Nota-se que, em geral, quando uma pessoa confidencia alguma coisa a outra, solicitando que o assunto não seja comentado com outrem sem permissão, dois fenômenos estão presentes: o relato é voluntário e particular, privativo, quando o pedido de sigilo o acompanha. Em algumas profissões o pedido de sigilo não é de ser esperado uma vez que, pela própria atividade, para bem desempenhá-la, a "confidência" é involuntária, no sentido de que não decorre de vontade livre mas de necessidade operacional. Esse o caso dos médicos, dos advogados, dos religiosos. A especialidade de tais relações está, também, baseada na premissa de que as informações prestadas, voluntária ou compulsoriamente, serão mantidas longe do conhecimento de quaisquer terceiros. E. tais pessoas, por forca de seu mister, estão, mais que outras, impedidas de controlar ou limitar a liberdade de seus clientes ou confidentes.

Admitem-se exceções como no caso de médicos militares, médicos de companhias seguradoras, ou situações similares, além, claro, daquelas em que possa haver prejuízo para a saúde pública. Do ponto de vista ético podem ser encontradas respostas em ambos os sentidos, algumas que permitam a quebra da confidencialidade desde que os profissionais informem aos seus pacientes quais os limites que pretendem observar. Com isso o paciente poderá procurar outro profissional ou, se for possível, ocultar ou restringir alguma informação.

O acesso não autorizado bem como a divulgação de tais informações viola o direito à intimidade. Sabe-se que desde Hipócrates os médicos juram manter em segredo as informações que recebam de seus pacientes, como prova de confiança. A quebra da confidencialidade só pode ser admitida, tal como no caso de violação da privacidade. O sigilo profissional é, portanto, fundamental na relação médico-paciente a fim de garantir que todos os sintomas ou quadro clínico possam ser relatados pelo

^{3.} Principles of Biomedical Ethics, Fourth Edition, Oxford University Press, New York, Oxford, 1994, p. 409.

DOUTRINA 11

paciente, sem exageros, simulações ou outros subterfúgios que podem comprometer o resultado visado, a cura ou, ao menos, a melhora da qualidade de vida do paciente.

É preciso que entre médico e paciente a relação seja de confiança e de obrigação, nada obstante a despersonalização da medicina decorrente da socialização dos serviços médicos. Lembro que, em hospitais universitários e ambulatórios do tipo PAS, SUS, etc., nem mesmo existe garantia de que tratamentos e procedimentos terapêuticos sejam levados a cabo pelo mesmo profissional. Ainda assim a relação médicopaciente mantém suas características e todos os princípios acima referidos devem ser observados.

Vale dizer que a responsabilidade do médico quando da violação da autonomia do paciente, da quebra dos deveres de veracidade, confidencialidade e privacidade devem ser consideradas ao lado dos chamados "erros médicos" que, em geral, estão presos à idéia de culpa por agir o profissional com negligência, imprudência ou imperícia.

Não é este o momento nem o local para discutir algumas exceções à regra de respeito à privacidade, tais como as que envolvem questões como resultados de testes para HIV. No caso de populações de risco seria de admitir testes compulsórios e em outros casos os testes devem ser facultativos? Não há resposta uniforme para tais questões, de sorte que apenas políticas públicas é que levariam à definição de testes voluntários e gerais ou testes igualmente gerais mas compulsórios. Na segunda hipótese haverá violação da autonomia individual, o que não ocorre na primeira. Testes para gestantes seriam recomendáveis?

A jurisprudência não é pródiga nessas discussões, mas os julgados que aplicam normas de responsabilidade civil para casos de ação ou omissão culposa são vários, alcançando profissionais e instituições de saúde. Repita-se que o avanço tecnológico é tanto aliado quanto algoz no campo da saúde.

Há não muito tempo o médico era ou clínico geral ou cirurgião, ou ambos. O clínico geral, normalmente médico da família, atendia desde recém-nascidos até idosos, conhecia todas as pessoas da casa, sabia quais eram os "males da família", era, enfim, um faz-tudo. Mas, como em outras profissões, a especialização se fez crescente, e os profissionais sabem cada vez mais de áreas específicas, e menos do geral. A crescente especialização traz algumas questões no plano da responsabilidade civil.

A regra geral da responsabilidade civil está, no direito brasileiro, no art. 159 do CC. O dispositivo se prende a culpa, ou seja, a negligência, imprudência ou imperícia. Negligência é descuido, falta de atenção; imprudência é violação das regras de cuidado, de prudência; imperícia é a falta de técnica no exercício profissional que pode resultar quer de ignorância quer de execução defeituosa do ato médico.

Não há dúvida de que as antigas discussões sobre ser de *meio* ou de *resultado* a obrigação do médico começa a passar por distinções que surgem do avanço da medicina e das modernas tecnologias, sejam elas terapêuticas sejam de diagnóstico. Daí resultam de um lado o aumento de risco em algumas áreas e, de outro, talvez porque desavisados, estejam os médicos criando expectativas que, mesmo diante do estado da arte, são incapazes de preencher por subjetivas de cada paciente, a transformação daquilo em resultado do que era obrigação de meio.

Veja-se, por exemplo, algumas especialidades da medicina: a) cirurgia plástica que pode ser dividida em reparadora e estética. Na primeira forma continua sendo obrigação de meio, na última é, cada vez mais, obrigação de resultado. O que leva a essa distinção? O computador. A tecnologia que deveria contribuir para o aperfeiçoamento da técnica leva à distorção da obrigação do cirurgião. Ao entregar ao cliente um *print out*, desenho em que demonstra o resultado após a cirurgia, o médico dá ao cliente a "certeza" de que aque-

le será o resultado. Mas, como já se observou, cada pessoa tem reações próprias e individualizadas em face de cada procedimento médico, ainda quando a maioria possa reagir de forma similar.

O comportamento do profissional em uma tal situação transforma o que seria obrigação de meio em obrigação de resultado, dando margem a reclamações que acabam caindo no campo da responsabilidade culposa — agir de forma imprudente, negligente ou imperita —, quando nenhuma dessas condutas houve, exceto, talvez, na "promessa".

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial (n. 73.958-PR), diz: "Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia plástica. Reclamado dano estético e moral. Artigos 159 e 1.545 do Código Civil. — Resultado almejado não-inteiramente alcançado. Retoques cirúrgicos necessários, como de certa freqüência nesse tipo de intervenção, que não foram levados a termo ante o rompimento das relações médico-paciente (grifo meu). Aparentemente a obrigação no caso de cirurgia estética é de resultado, ainda quando as condições individuais do paciente podem não justificálo.

No caso, tratava-se de cirurgia estética, mas, mesmo no caso da reparadora pode haver elevado nível de insatisfação pessoal do paciente pois que a reparação visa, em larga medida, a reduzir dano estético ao lado de recuperação de funções. Aqui também é tênue a linha que separa a obrigação de meios da de resultados. Por vezes o cirurgião consegue resultado favorável, bom. ou, no mínimo, não piora a aparência do paciente e, ainda assim, não o satisfaz, entendendo este que ficou com aparência pior do que antes. A beleza é subjetiva e os parâmetros para aferi-la são díspares, dependendo de quem julgue. Aqui o dever de informar, especialmente quanto à possibilidade de resultados imprevisíveis, pois que a obrigação deste profissional não é um fazer absolutamente livre, ficando condicionado às exigências do paciente. Mais que

uma questão de perícia a cirurgia estética é matéria de aplicação da técnica para o fim específico a cada caso concreto, sem garantir que o resultado visado será, efetivamente, alcançado.

b) análise clínica — também nesse campo a complexidade dos métodos tem contribuído para ampliar o leque de riscos a que está sujeito o médico. Investigar o uso de novas substâncias no terreno da farmacologia, maior precisão e confiabilidade dos exames geram dificuldades antes inexistentes. Os erros variam desde a coleta inadequada de materiais até a transcrição equivocada dos resultados. Na coleta de materiais, da manipulação inadequada, podem resultar lesões e/ou a contaminação do paciente. Se a amostra for inadequada o resultado do exame estará fatalmente comprometido, será menos confiável. Além disso, da má conservação da amostra podem resultar erros nas fases analíticas do procedimento. O emprego de substâncias reativas malconservadas ou com prazo de validade expirando também constituem elementos importantes na avaliação da responsabilidade do médico.

Tais erros ocasionam problemas de diagnóstico e, consequentemente, dificultam ou impedem a prescrição de tratamentos próprios. Assim o analista pode ser responsabilizado penal e civilmente por eventos que, aparentemente, seriam imputáveis ao especialista de outra(s) área(s). Nesse campo há que enfatizar questões ligadas à análise hematológica notadamente em nosso país. Doadores "voluntários" que recebem pagamentos dos bancos de sangue, portadores de moléstias como Doença de Chagas, hepatite, AIDS ou SIDA, são frequentes, levando à contaminação de muitas pessoas. Dupla responsabilidade do médico/laboratório. De um lado imperícia na análise, de outro negligência ao aceitar tais "doadores" transmissores de moléstias graves aos necessitados de sangue. Lembro o caso de Herbert de Souza e seus irmãos, hemofílicos, contaminados por transfusões de sangue sem adequada análise.

Aponta-se decisão do Tribunal de Justica do Rio de Janeiro - Apelação Cível n. 7.979/95 da Primeira Câmara Cível cuia ementa é: Direito Civil: responsabilidade civil hospitalar. Transfusão de sangue envenenado pelos vírus da AIDS injetado em recém-nascido, com eclosão de seu flagelo anos que se seguiram. Culpa evidenciada do serviço médico prestado na utilização diversa do sangue paterno doado, por outro de origem desconhecida. Indenizabilidade que se faz imperativa à inocente e condenada paciente, no seu sentido mais amplo, senão para salvar-lhe a vida, mas para suavizar os seus padecimentos, e de seus legitimados à pedida acionária no vértice do dano moral. ... Do voto do relator destaca-se o seguinte trecho: Indicado, como necessário ao tratamento da recémnascida, o injetamento de plasma, o pai (o segundo dentre os 10s apelantes), engenheiro civil, fez-se doador, mas não foi o seu sangue o injetado na criança, senão de desconhecido, obviamente extraído diretamente de terceiro doador ou vindo de Banco de Sangue, contaminando-a, com eclosão de funestas consequências anos mais tarde, ... Daí a pedida indenizatória ampla, danos materiais, despesas médicas, exames, internamentos e medicações, despendidas e a despender, enquanto sobrevivida a desditosa criança, a par do dano moral.

No mesmo sentido decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo — Apelação Cível n. 260.549-1/6 de 1996, cuja ementa é: Ação de indenização — AIDS — Vírus adquirido através de infusão de sangue em decorrência de ato e missão de funcionários de nosocômio — Indenização que deve corresponder à dor suportada e à possibilidade do hospital — Majoração de verbas indenizatórias. Contaminação por sangue mal-analisado em transfusão que buscava salvar a vida.

c) anestesia — campo que, no Brasil, tem sido objeto de férteis discussões. A anestesia é especialidade em que médico busca eliminar ou reduzir a dor do paciente, permitindo a atuação com técnicas agressivas inviáveis de outro modo. A anestesia pode ser geral, atuando no sistema nervoso central provocando estado de inconsciência; anestesia de tronco ou feixes de nervos, que atua sobre certos centros nervosos ou áreas superficiais, inibindo os estímulos da dor; e, finalmente, anestesia local, que provoca o bloqueio da dor em pequenas áreas de diferentes regiões do organismo; a anestesia raquidiana (ou raqui), que mantém o indivíduo consciente durante o processo cirúrgico, além de possíveis outras combinações.

Toda anestesia deve ser precedida de análise do paciente a fim de avaliar que tipos de efeitos colaterais podem resultar da aplicação de uma ou outra droga ou processo. Dessa forma o anestesista é responsável pela análise prévia, pela narcose e termina com a reanimação do paciente quando passa aos cuidados dos demais profissionais.

Erros freqüentes ou próprios do ato anestésico são: omissão do exame pré-anestésico ou análise insuficiente; erro na escolha da técnica anestésica; falta de cuidados com o paciente durante a anestesia; produção de lesões cerebrais em conseqüência dos fármacos empregados, quantidade, tempo de duração, ou eventuais concausas; abandono do paciente antes de entregá-lo a outros médicos; narcose inadequada que pode levar a acidentes cirúrgicos.

d) pediatria — é a parte da medicina que se especializa em crianças, tratando tanto das suas enfermidades próprias quanto das hereditárias e das neonatais. A especialidade inclui os cuidados neonatais junto ao obstetra e subseqüentes; pesquisa que descarte malformações, moléstias hereditárias e seus controles; vacinação; acompanhamento do desenvolvimento físico e psíquico; tratamento das doenças.

A pediatria, a par das dificuldades usuais da clínica geral vem carregada dos riscos próprios consequentes do insuficiente desenvolvimento defensivo, psíquico e até biológico dos pacientes.

Erros comuns na especialidade são: consultas rápidas; abuso de testes perigosos para a criança como os radiológicos; abuso de psicofármacos e analgésicos; não definição em tempo de malformações congênitas ou traumatismos do parto que possam causar lesões irreversíveis; seguir regras hospitalares de pediatria que possam ir contra a boa prática médica.

Dois acórdãos demonstram bem os riscos dessa especialidade. Em ambos os casos o evento foi deficiência visual de prematuros. A Apelação n. 251.563.1/9 do Tribunal de Justica do Estado de São Paulo, na ementa diz: Indenização — Responsabilidade civil do hospital - Nascido prematuramente que, permanecendo em "isolete", em decorrência do oxigênio do aparelho ficou com deficiência visual e, eventualmente, cego no futuro. Responsabilidade atribuída à falta de proteção nos olhos do menor. ... Por sua vez, na Apelação n. 274.790-1/2 o mesmo Tribunal explica: Indenização — Responsabilidade civil de hospital — Nascidas prematuramente que, permanecendo em incubadeiras, em decorrência do oxigênio dos aparelhos, sem a devida proteção visual ficaram cegas, vindo uma delas a falecer no curso da lide. ... Nos dois casos o mesmo fato, oxigenação necessária dos recém-nascidos sem os devidos cuidados com os olhos, comprovando-se que a deficiência visual decorreu da falta de cuidados na aplicação da terapia indicada. A retinopatia da prematuridade decorreu de uso de oxigênio, necessário para a síndrome de deficiência respiratória, quando a concentração de oxigênio supera 40% e falta a proteção ocular.

Em todos os casos acima relatados as decisões basearam-se em culpa na causação de danos. Os danos são concretamente relacionados a atos médicos em que se aponta negligência, imprudência ou imperícia. Mas, e se o dano psíquico ou moral decorrer da falta de observância de algum dos princípios de bioética, como ausência de consentimento informado, falta de clareza no explicar ao paciente e/ou familiares pos-

síveis efeitos colaterais dos procedimentos terapêuticos, ocultação de dados sobre a gravidade da moléstia, de que possam resultar consequências indesejáveis para o paciente e familiares?

Não há, ainda, no Brasil, profundas discussões sobre o assunto fora de alguns grandes hospitais, como é o caso do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, do INCOR, também da USP, do Hospital São Paulo, da UNIFESP, e algumas instituições privadas. Sem dúvida, quando as discussões forem ampliadas a AVERMES (Associação das Vítimas de Erros Médicos) e grupos congêneres estarão em posição vantajosa.

Uma última questão que deve ser respondida, é se a lei de defesa do consumidor deve ser, ou não, aplicada a questões ligadas a procedimentos médicos. Aparentemente o exercício da medicina como profissão liberal que é, está incluído nas previsões da lei de 1990. A obrigação de fazer se apresenta na modalidade culposa, o que confirma tudo quanto tem sido decidido pelos Tribunais, exceto quanto às instituições hospitalares que deveriam responder sem culpa. Nos dois casos acima referidos, dos prematuros, as instituições foram responsabilizadas por culpa.

Ouero crer, porém, que não se deveria aplicar a lei de defesa do consumidor às relações médico-paciente. Por primeiro porque o profissional da medicina não é exatamente empresário, como as instituições financeiras e muitos consultores dessa área; por segundo porque a relação é de caráter personalíssimo. O paciente escolhe o médico baseado em múltiplos elementos: reconhecimento da sociedade, recomendação, especialização, empatia, confiança, entre outros. Mesmo as exceções também já apontadas, dos hospitais universitários, em que não há possibilidade de escolha do médico, a relação ainda está fundada num fazer específico, próprio das pessoas que pertencem à clínica de que se trate e que, entre si, trocam experiências, informações, conhecimento. A lei de defesa do consumiDOUTRINA 15

dor há de aplicar-se, portanto, de forma parcimoniosa, sem constituir o meio de defesa principal dos pacientes que estarão amparados pelo Código Civil, e, subsidiariamente, pelos Códigos de Ética Médica, que no Brasil data de 1988 e incorpora muitos dos princípios da bioética aqui expostos sumariamente.

As decisões de Tribunais brasileiros, que têm ampliado as hipóteses de responsabilidade civil dos profissionais de saúde, acionados por pessoas vítimas de erros ou que se sentem ilaqueadas na sua boa-fé por informações incompletas ou promessas não cumpridas feitas por esses profissionais não indicam o caminho de modo claro, categórico, mas em muitos países o exercício da medicina baseado nos princípios hipocráticos de sedar a dor e não fazer mal a outrem não são os únicos admitidos pelos Tribunais.

A obrigação de fazer do médico, conquanto, ainda, na maioria dos casos continue sendo do tipo *meios*, já aparece na modalidade *resultado* e, mesmo na primeira forma é acompanhada de muitos outros fazer anteriormente não considerados.

Os resultados dos procedimentos judiciais contra profissionais de saúde, especialmente médicos, tornaram o exercício da arte de curar cada vez mais arriscado, impondo aos profissionais que a exercem diligência extrema e, ainda assim, podem ser civilmente responsabilizados por danos causados aos pacientes. A responsabilidade crescente torna os médicos um dos maiores riscos para as seguradoras que operam na modalidade. Organizam-se associações de vítimas de erros profissionais de saúde, e, em contrapartida, cooperativas de médicos em busca de segurança, sociedades de médicos na tentativa de escapar da responsabilidade pessoal. Todos os "artifícios" dos médicos acabam por ser tomados como simulação, aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois o fazer é, como já disse, personalíssimo e o médico acaba sendo condenado a indenizar o paciente ou familiares, quando não há prática de ato penalmente tipificado.

A conclusão é que, no campo da saúde, as obrigações de fazer caminham celeremente para ser um fazer de resultados graças à maior conscientização das pessoas quanto a seus direitos e aos avanços da tecnologia que tornam o erro cada vez menos excusável.