

A Iatrogenia e o Nexo Causal na Responsabilidade Civil Decorrente da Atividade Médica

FERNANDO CAMPOS SCAFF

Sumário: 1- A saúde e os interesses na sua preservação. 2- A prestação de serviços inerente ao atendimento à saúde. 3- As obrigações de meio e de resultado nas atividades vinculadas ao direito à saúde. 4- O insucesso do tratamento médico. Referências.

1- A saúde e os interesses na sua preservação

A saúde pode ser entendida como um estado ideal e que representa a situação de equilíbrio físico e psíquico do ser humano, variável entre os indivíduos e em cada momento da vida de cada um.

Considerando a sua importância, justifica-se o interesse generalizado das pessoas em buscar o que for possível para alcançar uma condição de vida livre de patologias, uma vida longa e produtiva em vários aspectos.

A perda da saúde, desse modo, é atualmente compreendida sob uma dimensão ampla, alcançando toda e qualquer alteração indesejada nos planos físico, mental e social do indivíduo.

Essa situação impõe aos agentes de saúde - pessoas físicas e jurídicas envolvidas com o atendimento dessas necessidades e expectativas - ônus extensos e pesados, por vezes dotados de características e dimensões que estão além daqueles que podem ser realmente assumidos por tais profissionais, considerando o atual estágio tecnológico alcançado pela Medicina.

O Direito, acompanhando essa exigência social, passou a regulamentar de modo crescente a prática de ato médico, o que decorre do reconhecimento geral dos ordenamentos jurídicos acerca do direito à saúde tal como um direito subjetivo primário da pessoa e que foi e vem sendo paulatinamente incorporado aos textos legais.

Essa situação traz também um elemento econômico: exigências crescentes das populações trazem a necessidade da formulação de equações que permitam que os custos daí decorrentes sejam de alguma forma satisfeitos.

Para tanto, a noção de doença - compreendida tal qual uma alteração indesejada do estado normal de saúde - vai se ampliando e passa a abranger também consequências de comportamentos sociais, tais como a dependência do uso de tóxicos, o tabagismo, o alcoolismo e o stress.

Assim sendo, ainda que os avanços da medicina existam, há de se reconhecer que tal evolução enfrenta doenças que também são mutáveis, bem como os limites impostos à existência de cada um dos seres vivos, dentre os quais a transitoriedade constitui uma característica essencial.

Compreendendo essa situação que impede que todas as expectativas dos pacientes e das pessoas a eles próximas sejam atendidas, a medicina adotou três perspectivas para o enfrentamento dos problemas existentes e que não são necessariamente excludentes entre si. A primeira delas é a clássica posição hipocrática, que remete à iniciativa e apreciação do médico as escolhas sobre o tratamento mais adequado ao paciente. A segunda é a posição utilitarista, que elege como valor fundamental aquele procedimento que possa representar um benefício mais relevante ao maior número de indivíduos. A terceira é denominada *ética médica do dever, que pretende conciliar os interesses de escolha livre e informada dos pacientes à efetividade do tratamento que a eles deva ser prestado*.

De toda forma, mesmo considerando que o direito à saúde se coloca, atualmente, dentre aqueles direitos fundamentais do homem e que deverão ser garantidos e preservados pelo Estado, isso não basta para garantir aos pacientes a solução satisfatória de todas as suas patologias.

As atividades médicas - consideradas como sequências de atos coordenados e destinados à preservação ou recuperação da saúde do paciente - devem ser, ademais, adequadamente recepcionadas pelo seu destinatário, ou seja, o paciente que tem não só o direito inequívoco de buscar preservação de sua saúde, mas também aquele de que, para tanto, não lhe seja imposta a agressão a outros direitos de sua personalidade, os quais são, igualmente, protegidos pelos ordenamentos jurídicos dos diversos países.

Para tanto, as diversas facetas do direito à saúde - dentre as quais se destaca a regulamentação jurídica da celebração e interpretação dos contratos que nele surgem e atuam, bem como a atribuição de responsabilidades aos agentes envolvidos, além da preocupação em garantir, sob limites equilibrados, o acesso dos pacientes aos serviços necessários - têm sido objeto de inúmeros estudos doutrinários e interpretações jurisprudenciais, difundidas pelos diversos ordenamentos jurídicos.

É certo, portanto, que o direito d saúde contém elementos de especialidade, fruto do contato entre ciências fundadas em pressupostos e estruturas diversas, tais como o Direito e a Medicina, mas que devem, de algum modo, ser compatibilizadas em prol do desenvolvimento de ambas.

2- A prestação de serviços inerente ao atendimento à saúde

O ato médico, nas relações privadas, decorre normalmente da prévia celebração de um contrato de prestação de serviços, ajustado entre o agente responsável pelo atendimento das providências relativas à saúde e o paciente ou alguém no seu interesse.

Em tal contrato, sobressai o elemento que se denomina consenso informado, pelo qual se entende que as características da doença e do tratamento proposto devam ser plenamente elucidadas ao paciente, de modo a que ele possa tomar decisões referentes à aceitação ou não do procedimento indicado.

Tal esclarecimento, ademais, deve abarcar as hipóteses de insucesso no tratamento, que devem ser comunicadas ao paciente de modo claro e compreensível, considerando sempre que a patologia poderá, eventualmente, não ser vencida pelos métodos de tratamento atualmente disponíveis.

3- As obrigações de meio e de resultado nas atividades vinculadas ao direito à saúde

O direito à saúde foi cenário preferencial para a discussão da importância da distinção entre as chamadas obrigações de "meio" e as obrigações de "resultado".

Com efeito, é comum dizer-se que as obrigações impostas ao médico limitam-se à adequada utilização dos "meios" adequados à solução do problema confrontado, impondo-se que o agente de saúde tenha empenho em adotar a melhor conduta na prestação dos serviços ajustados, mas não que se comprometa em garantir que o objetivo pretendido - o restabelecimento da saúde do paciente - seja atingido.

Justifica-se essa limitação da responsabilidade pelo inadimplemento pelo fato de que o objetivo de cura buscado com o tratamento utilizado depende de outros fatores que têm uma origem externa e não diretamente vinculada ao atendimento prestado pelo agente de saúde, fatores esses que, em alguma medida, são incontroláveis pela ciência médica em seu estágio atual¹.

As consequências oriundas da distinta natureza atribuída às obrigações de meio e de resultado são, de toda forma, cada vez menos evidentes. É o que ocorre, por exemplo, nas situações em que se permite a inversão do ônus da prova, em regra atribuído à autora de uma ação judicial busque a reparação de danos supostamente sofridos².

É o que também ocorre em virtude do sentido progressivo de objetivação da responsabilidade atribuída ao agente partícipe de determinadas relações jurídicas, determinada pelas qualidades próprias das partes envolvidas ou pelas características da atividade exercida.

A despeito desse fato, mantêm ainda a sua utilidade, em especial no sentido de delimitação do que deve ser provado para a configuração do chamado nexo de causalidade, próprio à responsabilidade civil.

De fato, mesmo que não se exija a comprovação da existência de culpa para que se dê a obrigação do ressarcimento do dano causado a uma das partes envolvida no atendimento médico, hospitalar ou laboratorial, haverá, mesmo assim, a necessidade de demonstração da existência do elo entre a ação e a omissão do agente de saúde e o dano causado à vítima para que apareça a possibilidade de responsabilização do agente de saúde pelo ressarcimento ao paciente³.

4- O insucesso do tratamento médico

¹ Sobre a dita aleatoriedade, conferir Enrico Quadri (*La responsabilità medica tra obbligazione di mezzi e di risultato. Il rischio In medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 146), para quem os limites das obrigações profissionais, no direito à saúde, são fixados por aquilo que se denomina "imponderáveis biológicos", dentre os quais se encontra a própria constituição física do paciente, tal como lembra Paolo deUa Sala (*La responsabilità professionale, Medicina e diritto*, p. 398 ss.).

² Quanto à tal questão do ônus da prova, a tendência é, de fato, atribuí-lo ao profissional e não ao destinatário de tais serviços especializados. Nesse sentido, conf. Enrico Quadri (*op. cit.*, p. 144 ss.).

³ Sobre a valorização desse vínculo, conf. GONÇALVES, Carlos Roberto (*Responsabilidade civil, de acordo com o novo Código Civil*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 370).

De toda forma, quando um paciente vem a falecer ou a sofrer as consequências advindas de uma doença ou mesmo de um procedimento terapêutica qualquer, surge a seguinte questão: até onde deverão ser atribuídas responsabilidades ao agente de saúde pela ocorrência de tais fatos?

Essa alteração patológica provocada no paciente em virtude do tratamento médico de qualquer tipo é denominada iatrogenia⁴. Esse termo, todavia, "apenas indica um fato, mas não contém, desde logo, qualquer qualificação"⁵. Assim sendo, as consequências geradas à saúde podem ser originadas de um ato defeituoso praticado pelo agente de saúde, assim como podem decorrer de um procedimento perfeito e adequado em seu conteúdo, forma e finalidade.

Na verdade, as características da prestação dos serviços na Medicina, as vicissitudes do corpo humano e os limites da ciência geram alguns elementos específicos, necessários para a correta determinação da ocorrência de uma eventual culpa do agente de saúde.

O fato é que a Medicina é uma ciência complexa e os limites impostos pelo nível atual do desenvolvimento tecnológico impedem que a cura ou a recuperação sejam alcançadas em muitas situações, independentemente da possibilidade de se fazer qualquer imputação de culpa ou de erro ao agente de saúde.

Pelo contrário e como já mencionado, algumas das batalhas travadas pelo restabelecimento da saúde provavelmente não serão jamais vencidas, sendo da natureza dos seres humanos a convivência com a limitada duração da vida e da saúde.

Por outro lado, a prestação dos serviços médicos está incluída dentre aquelas qualificadas como sendo relações de consumo, envolvendo partes que não estão situadas num plano equilibrado de possibilidades, razão pela qual crescem as iniciativas legislativas e as manifestações jurisprudenciais tendentes a facilitar o alcance e a eficácia das alegações do paciente no tocante à comprovação da ocorrência do fato culposo, e ainda tornar mais extensos e inequívocos as obrigações e os deveres impostos ao agente de saúde.

Para tanto, buscou-se inclusive superar a ideia de culpa com conceito de má prática, comum aos sistemas jurídicos anglo-saxões e que significa, pura e simplesmente, a adoção de uma conduta que, por qualquer razão, não tenha sido aquela que recomendava a melhor técnica, independentemente da averiguação do ânimo subjetivo do causador do dano⁶. É o que chamaríamos de erro médico propriamente dito⁷.

Tais erros médicos podem ser, fundamentalmente, o erro de diagnóstico, ou seja, aquele cometido quando da identificação da moléstia, e o erro de tratamento, que é aquele verificado no tocante à cura da moléstia que tenha sido identificada corretamente ou não⁸.

Em qualquer uma dessas modalidades, a questão será a de demonstrar se o erro era ou não escusável, o que se fará a partir da comparação entre a conduta concretamente adotada pelo agente de saúde com as recomendações ditadas na ciência médica e aplicáveis no caso concreto.

⁴ Cf. STOCO, Rui. *Iatrogenia e responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, n° 784, fev. 2001. p. 105 - 110.

⁵ *Idem*, p. 107.

⁶ De acordo com BARNI, Mario (*La colpa medica nella attuale realtà sanitaria*, p. 8 ss.), o conceito de má prática se sobreporia, para muitos, em relação àquele da culpa no exercício da atividade médica. Dentre os autores anglo-saxões, Alan Merry e Alexander McCall Smith (*Errors, medicine and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 43 55) destacam dois estudos, constantes do Harvard Medical Study e do Australian Quality in Healthcare Study, pelos quais há indicações de que mais pessoas morreriam anualmente por negligência médica do que em acidentes nas estradas dos Estados Unidos da América e da Austrália, respectivamente. A despeito disso, tais ideias mostram falhas na medida em que os danos iatrogênicos ocorrem, mas que para um paciente individualmente considerado, as chances de sofrer um evento adverso durante uma intervenção cirúrgica realizada com atendimento aos padrões técnicos reconhecidos é bastante baixa e a evolução científica, em prol da saúde das pessoas, apreciável, com resultado positivo relevante.

⁷ Rui Stoco (*op. cit.*, p. 109 e 110) considera o erro profissional como sendo um conceito distinto da imperícia médica. Para ele, o erro profissional se daria quando a conduta médica é correta, mas não a técnica empregada, enquanto que a imperícia se daria quando a técnica empregada foi correta, mas a sua concretização pelo médico não.

⁸ Como elucida Mauro Bami (*Diritti-doveri - Responsabilità del medico dalla bioetica al biodiritto*, p. 329 e ss.), a responsabilidade profissional poderia decorrer do erro de diagnóstico ou do erro terapêutico, que se referem, respectivamente, da identificação e do tratamento do problema de saúde.

Deverá ser avaliada a complexidade do tratamento empregado e se o modo de tratar que foi efetivamente realizado constituía, de fato, aquele mais recomendado para enfrentar a moléstia. Além disso, quanto mais elaborada for a conduta adequada e mais difícil a sua aplicação, menor será o grau de culpa que poderá ser atribuído ao agente de saúde, pois a tolerância com o erro é diretamente proporcional ao grau de dificuldade técnica verificada no caso concreto⁹.

Assim sendo, a apreciação do procedimento médico dependerá, além dos cânones gerais trazidos pela ciência jurídica, também de uma apreciação peculiar à Medicina, condizente com os postulados e características dessa matéria, que em muito divergem daquele outro ramo do conhecimento humano¹⁰.

Portanto, se de um lado não mais se justifica a indulgência com que a legislação e os juízes anteriormente apreciavam as questões vinculadas a supostos erros médicos¹¹, cumpre reiterar que a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta repreensível e o resultado indesejado obtido continua a ser uma condição para que se possa pensar na responsabilização profissional do agente de saúde, mesmo nos casos em que se admita a inversão do ônus da prova, a responsabilização objetiva ou a crescente importância das obrigações de resultado nesse ramo do Direito.

Assim, a iatrogenia, as características próprias da doença e das características físicas e psíquicas do paciente podem representar questões que seccionem tal nexo de causalidade e, desse modo, justifiquem a não responsabilização do agente de saúde por um dano que, na verdade, não foi por ele provocado.

Em suma, parece-nos ser indispensável comprovar que o agente de saúde foi o responsável direto pela ocorrência do prejuízo. Muitas vezes, o dano não terá sido causado por outro motivo senão o fato de ser a moléstia efetivamente invencível; outras vezes, decorrerá da culpa do próprio paciente que atenta, ele mesmo contra a sua saúde, deixando de cumprir o tratamento indicado, de mudar os seus hábitos de vida ou quando desiste, simplesmente, de buscar a sua própria cura; em outras situações, ainda, os prejuízos serão decorrentes de atos provocados por terceiros, alheios à relação e ao cerne do atendimento prestado, tais como os fornecedores de produtos que, uma vez ingeridos, poderão causar danos conhecidos ou desconhecidos à saúde. Sendo assim, impor ao agente de saúde a obrigação de sempre curar ou de reparar totalmente o dano à saúde causado representa adotar uma visão distante da realidade e do sentimento que deve qualificar a interpretação jurídica nesta matéria.

Em tais situações, o agente de saúde torna-se, apenas e simplesmente, um mero expectador que acompanha uma sequência de fatos contra os quais não pode efetivamente lutar, ou nos quais o seu esforço não implica na solução do mal que surgiu não por sua interferência ou participação.

Assim sendo, como se poderá impor a ele o encargo de assumir o ressarcimento do evento prejudicial, se não decorre da sua atuação a origem eventual do dano, e onde a imposição da cura não pode, pela sua própria natureza, estar inserida no risco da atividade?

De fato, sendo imposta, sempre e necessariamente, a reparação financeira como consolo pela perda da saúde que não tenha sido evitada ou vencida pelo atendimento médico prestado, a consequência natural será a da geração do acréscimo dos custos vinculados a essa mesma prestação dos serviços e a eliminação progressiva daqueles agentes de saúde - dotados de menor suporte econômico e mesmo político - da possibilidade de desempenharem a própria atividade, com as evidentes consequências danosas de um movimento que caminhe

⁹ Segundo Guido Alpa (*Esercizio dei diritto e abuso dei diritto*. In: Alpa, G.; Ruffolo, U.; Zencovich, V. Zeno (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. V. 9 – Atto illecito e responsabilità civile. 8. ed. Milão: Giuffrè. 2000. p. 248), a solução de problemas técnicos novos ou de especial complexidade deve comportar uma diferenciada margem de risco, de modo a eliminar ou atenuar a responsabilidade civil do médico.

¹⁰ Como ressalta Aldo Pagni (*Certeza diagnostica e terapeutica: realtà o utopia? Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrè, 2000. p. 18 ss), não é possível eliminar os erros na Medicina, razão pela qual um estudo acerca dos métodos de prevenção e de cuidado deve ser priorizado, com vistas à especialidade da matéria.

¹¹ Conf. FIORI, Angelo (*Evoluzione dei contenzioso per responsabilità medica. Il rischio in Medicina oggi e da responsabilità professionale*, p. 161 e SS.

em tal direção. O resultado inevitável desse cenário será a efetiva diminuição de acesso, por parte daquele que dele necessite, ao próprio atendimento médico.

Portanto, também no caso do Direito à Saúde a presença do nexo de causalidade constitui condição para a responsabilização civil e a chamada iatrogenia representa, na verdade, uma causa externa de ruptura desse mesmo nexo, caracterizando-se como situação de força maior ou de caso fortuito, apta a minorar ou a eliminar a imputação, ao agente de saúde, da obrigação de indenizar pela eventual não consecução da finalidade de cura pretendida.

Referências

ALPA, Guido. *Esercizio del diritto e abuso del diritto*. In: ALPA, G.; RUFFOLO, U.; ZENCOVICH, V. Zeno (Coord.). *Casi e questioni di diritto privato*. v. 9 - Atto illecito e responsabilità civile. 8. ed. Milão: Giuffrê, 2000.

BARNI, Mauro. *Diritti-doveri: responsabilità del medico dalla bioetica ai biodiritto*. Milão: Giuffrê, 1999.

DE PALMA, T.; BARNI, Mauro. *Il medico e l'ammalato nella tutela della salute: Codice Deontologico e Carte dei Diritti dei Malati*. In: DEL'OSSO, Giuseppe (Coord.). *Responsabilità e progresso medico*. Milão: Giuffrê, 1984.

FIORI, Ângelo. *Evoluzione del contenzioso per responsabilità medica*. In: *Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrê, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil, de acordo com o novo Código Civil* 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

JANSSEN, Edouard. *Droits de l'homme et art de guerir. Il medico e i diritti dell'uomo*. Milão: Giuffrê, 1984.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MERRY, Alan; SMITH, Alexander McCall. *Errors, medicine and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

PAGNI, Aldo. *Certeza diagnostica e terapeutica: realtà o utopia? Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrê, 2000.

QUADRI, Enrico. *La responsabilità medica tra obrigação di mezzi e di risultato. Il rischio in medicina oggi e da responsabilità professionale*. Milão: Giuffrê, 2000.

SALA, Paolo della. *La responsabilità professionale. Medicina e diritto*. Milão: Giuffrê, 1995.

STOCO, Rui. *Iatrogenia e responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 784