

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS NO ENSINO DO DIREITO
FACULDADE DE DIREITO**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESIOLOGISTA

RIO DE JANEIRO

Agosto/ 2007

SARAH CRISTIAN FARIA MONÇÃO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESIOLOGISTA

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro / Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito como requisito para a conclusão do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* - Especialização em Direito Médico.

Orientador: Antônio Macena de Figueiredo

RIO DE JANEIRO

Agosto/ 2007

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M 737 Monção, Sarah Cristian Faria

Responsabilidade civil do anestesiolgista / Sarah Cristian Faria Monção. - 2007.
82 f.

Orientador: Antônio Macena Figueiredo.
Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Médico.

1. Responsabilidade (direito). 2. Erro médico. I. Figueiredo, Antonio Macena. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III Título.

CDU 347.51

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia de especialização, desde que citada a fonte.

Assinatura

27/08/2007

Data

SARAH CRISTIAN FARIA MONÇÃO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESIOLOGISTA

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro / Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito como requisito para a conclusão do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* - Especialização em Direito Médico.

Aprovado em 25 de agosto de 2007

BANCA EXAMINADORA

Prof. Antônio Macena de Figueiredo
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Evandro Estele
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Paulo Roberto Rebello de Souza
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

RIO DE JANEIRO

Agosto/2007

Aos meus pais, Joffre e Maria

e à Wagner, meu amor.

Que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a Humanidade não serão comprometidas pela culpa de um homem que falhasse sob o título de Doutor. (Dupin, Procurador-Geral junto à Corte de Cassação de Paris, 1832).

RESUMO

Fato que se tem observado na rotina dos nossos tribunais é o aumento do número de ações de reparação de danos fundadas em supostos erros médicos. Especialmente delicada é a situação dos anesthesiologistas, cujos erros profissionais normalmente conduzem a lesões irreversíveis ou ao resultado morte. O presente trabalho apresenta o conceito, a evolução histórica e os pressupostos da responsabilidade civil, para chegar à apreciação de temas ligados especificamente à responsabilidade civil do médico anesthesiologista. Passa pelas dúvidas que cercam a sua nomenclatura. Elenca deveres genéricos e específicos do especialista. Expõe a questão da responsabilidade pelo choque anafilático. Examina o tema da responsabilidade do cirurgião chefe de equipe pelos danos exclusivamente anestésicos, considerando a evolução histórica das especialidades, a costumeira imposição do anesthesiologista ao paciente pelo cirurgião chefe de equipe e a necessidade de aplicação do CDC às situações que em regra tem sido apresentada aos tribunais. Chega, por fim, à teoria da culpa contra a legalidade e sua possibilidade de aplicação aos danos anestésicos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Anesthesiologista. Choque anafilático. Cirurgião.

ABSTRACT

Fact that has been observed in the routine of our courts is the increase of suits for damages reparation established in presumptions of medical errors. Especially delicate is the situation of the anesthetists, whose professional mistakes normally take to irreversible injuries or to the result death. The present work presents civil responsibility's concept, historical evolution and requirements, in order to reach the appreciation of subjects specifically connected to the civil responsibility of the anesthetist. Passes by the doubts that surround its name. Lists general and specific duties of the specialist. Expose the issue of responsibility for anaphylactic shock. Examines the subject of the team head surgeon's responsibility for exclusively anesthetic damages, considering the historical evolution of the specialties, the usual imposition of the anesthetist to the patient by the team head surgeon and the necessity of application of the CDC to the situations that as a rule has been presented to courts. Arrives, at last, to the theory of guilt against legality and the possibility of its application to anesthetic damages.

Keywords: Civil responsibility. Anesthetist. Anaphylactic shock. Surgeon.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – artigo;

A.I. – Agravo de Instrumento;

Ap. Cív. – Apelação Cível;

C. Cíveis – Câmaras Cíveis;

CC/02 – Código Civil de 2.002;

CC/16 – Código Civil de 1.916;

CDC – Código de Defesa do Consumidor;

CEM – Código de Ética Médica;

CFM – Conselho Federal de Medicina;

CPDC – Código de Proteção e Defesa do Consumidor;

CREMERJ – Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro;

ERJ – Estado do Rio de Janeiro;

j. – julgado em;

p. – página;

REsp – Recurso Especial;

SAB – Sociedade de Anestesia da Bahia;

SAEB – Sociedade de Anestesiologia do Estado da Bahia;

SBA – Sociedade Brasileira de Anestesiologia;

SAERJ – Sociedade de Anestesiologia do Estado do Rio de Janeiro;

SARGS – Sociedade de Anestesiologia do Rio Grande do Sul;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
1.1	JUSTIFICATIVA.....	12
1.2	PROBLEMA.....	13
1.3.1	OBJETIVO.....	14
1.3.2	Objetivo geral	14
1.3.3	Objetivos específicos	14
1.4	METODOLOGIA	15
2	RESPONSABILIDADE CIVIL – CONCEITO	16
3	RESPONSABILIDADE CIVIL – EVOLUÇÃO HISTÓRICA	18
3.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	18
3.2	A CONTRIBUIÇÃO FRANCESA	21
3.3	DAS LEIS DO IMPÉRIO AO CC/02	25
4	RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESSUPOSTOS	30
4.1	O DANO	30
4.2	O NEXO DE CAUSALIDADE.....	33
4.3	A CONDUTA ANTIJURÍDICA	38
5	RESPONSABILIDADE CIVIL – ESPÉCIES	41
5.1	RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	41
5.2	RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA.....	42
5.2.1	Culpa. Noções gerais	42
5.2.2	Responsabilidade subjetiva X responsabilidade objetiva	45
6	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESIOLOGISTA	47
6.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS	47
6.1.1	Anestesta ou anestesiolgista?	47
6.1.2	Deveres do anestesiolgista	48
6.2	CHOQUE ANAFILÁTICO	50
6.3	EQUIPE CIRÚRGICA: AUTONOMIA OU SOLIDARIEDADE?	53

6.4	CULPA CONTRA A LEGALIDADE E NORMATIZAÇÃO DA ANESTESIOLOGIA.....	64
7	DISCUSSÃO	68
8	CONCLUSÃO	71
	REFERÊNCIAS	74
	ANEXO	82

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2004, jornal de circulação nacional veiculou matéria onde foi publicado o resultado de um estudo inédito elaborado pelo TJ/RJ, sob a coordenação do Desembargador Jessé Torres, que revelou:

De todos os 2.019.558 processos que tramitaram na Justiça entre 1º de janeiro de 2002 e abril de 2004, um terço foi de ações de responsabilidade civil para reparações de danos (629.905 em juizados especiais cíveis e cerca de 40 mil em varas cíveis). Ou seja, nesse período, em média, 788 ações de responsabilidade civil tramitaram por dia.¹

Dentro desse universo, significativa parcela se refere às chamadas ações indenizatórias por erros médicos, que vêm se multiplicando ao longo dos anos.

O presente trabalho pretende, de forma por demais singela, traçar as diretrizes básicas da responsabilidade civil para, sobre elas, adentrar o campo específico da responsabilidade dos anestesiólogos e responder às indagações formuladas, com base na mais sedimentada doutrina e na mais fundamentada jurisprudência dos nossos modernos Tribunais.

1.1 JUSTIFICATIVA

Relevante parcela dos processos judiciais motivados por supostos erros médicos está ligada à atuação dos anestesiólogos. Os danos, quando havidos, costumam ser muito graves e as indenizações bem vultosas.

Doutrina e jurisprudência, entretanto, divergem sobre a existência de uma eventual relação de solidariedade ou autonomia entre a responsabilidade desse especialista e a do

¹ SCHMIDT, Selma. Danos que emperram a Justiça. **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 18, 01 ago. 2004.

cirurgião envolvido, trazendo insegurança jurídica, com indesejados resultados práticos conflitantes.

A doutrina pátria carece ainda de um adequado enfoque consumeirista sobre a questão.

Fala-se muito numa moderna concepção de plena autonomia, baseando-se, entretanto, em premissa equivocada.

Afastando-se da realidade fática, descreve-se como exceção o que é regra e, sobre esse engano, constrói-se uma teoria falha.

Quanto à jurisprudência, ora pende para um lado, ora para o outro, sem encontrar em qualquer deles homogeneidade de fundamentação.

Uma aproximação com o universo prático da Anestesiologia faz-se necessária, a fim de permitir-se uma reavaliação dos fundamentos pendentes para cada um dos lados, estabelecendo para a questão o necessário enfoque consumeirista que ainda não se fez claro sobre o tema.

1.2 PROBLEMA

Entre as muitas causas da maior exposição da classe médica ao crivo do Poder Judiciário encontra-se o processo de conscientização por que tem passado a sociedade brasileira ao longo das últimas décadas, em muito devido à socialização das informações sobre os chamados “direito do consumidor”.

Não se pode negar que, com algumas poucas ressalvas e no sistema legal em vigor, a relação médico-paciente se submete aos ditames do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Mas acaso já se teria sedimentado, em sede doutrinária e jurisprudencial, a efetiva dimensão que o Estatuto Consumeirista pretende imprimir à relação médico-paciente?

A questão surge forte quando se examinam problemas enfrentados por uma das especialidades médicas qual seja a Anestesiologia.

Trata-se de especialidade notadamente marcada pelo risco. Em poucas horas, cabe ao profissional conduzir o paciente a um estado de inconsciência, ou semiconsciência, trazendo-o de volta às perfeitas funções vitais, livrando-o da dor e possibilitando a cura. Os danos, quando havidos, costumam ser muito graves e as condenações, muito rigorosas.

Por outro lado, a Anestesiologia caminha sempre ao lado da cirurgia, em suas diversas especialidades. Não raras vezes, então, vêem-se lado a lado no pólo passivo das chamadas “ações de erro médico” o cirurgião e o anestesiológico.

Entre outros questionamentos jurídicos que têm surgido no campo da Anestesiologia, encontra-se aquele referente à responsabilidade civil pelo *choque anafilático*. Trata-se de um evento previsível ou não? Deve o especialista responder pelos danos que dele advier para o paciente?

De outro lado, muito se tem debatido acerca da solidariedade ou autonomia existente entre as responsabilidades do anestesiológico e do cirurgião chefe da equipe a que ele se integra. Deve o cirurgião responder solidariamente pelos danos que decorrerem do ato anestésico? Ou o mais razoável é considerar a evolução das especialidades médicas e as nítidas atribuições que ela trouxe para cada profissional, respondendo cada qual por seus atos específicos? Impõe-se, de todo modo, uma releitura dos possíveis entendimentos, diante do Código de Defesa do Consumidor, sempre que ele deva ser aplicado à relação entre as partes.

Por fim, atenção especial merece a teoria da *culpa contra a legalidade*. Trata-se de entendimento que veio facilitar o tortuoso caminho da prova da culpa, importando, no que é relevante ao presente estudo, na necessidade do estrito cumprimento das normas impostas à especialidade em estudo pelo Conselho Federal e pelos Conselhos Regionais de Medicina.

1.3 OBJETIVO

1.3.1 **Objetivo geral**

Verificar a aplicabilidade do disposto no § 1º, do art. 25, do CPDC, ao cirurgião para estabelecer-se a sua solidariedade com o anestesiológico tecnicamente culpado pelos danos causados ao paciente.

1.3.2 **Objetivos específicos**

Situar a atuação do anestesiológico no quadro geral da Responsabilidade Civil, identificando a legislação reguladora do assunto;

Identificar o posicionamento doutrinário acerca da autonomia / solidariedade existente entre o médico condutor do procedimento e o anestesiológico, em casos de dano anestésico;

Analisar uma possível relação de preposição existente entre o cirurgião chefe de equipe e o anestesiológico;

Identificar e analisar as formas de contratação modernamente utilizadas pelos anestesiológicos;

1.4 METODOLOGIA

A proposta metodológica que o presente trabalho adotou foi a pesquisa bibliográfica, consistente na leitura seletiva, interpretativa e crítica não só de livros, periódicos e legislação, como também da jurisprudência dos nossos tribunais, com ênfase em particular nos julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL – CONCEITO

PEREIRA (2004) conceitua responsabilidade civil como sendo, essencialmente, “a imputação do resultado da conduta antijurídica”. Como sua consequência necessária prevê “a obrigação de indenizar o mal causado”, ou em outros termos, “o dever de reparação”.

CAVALIERI FILHO (2003, p. 24), por seu turno, entende que:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em seu sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Ao referir-se a dever jurídico sucessivo, o desembargador trata exatamente do dever de indenizar os prejuízos causados, que é a própria responsabilidade civil.

Contrapõe, desta forma, obrigação e responsabilidade, identificando na primeira, necessariamente, um dever jurídico originário e, na segunda, um dever jurídico sucessivo que surge da violação daquela.

Mas o que seria, então, um dever jurídico? É o próprio CAVALIERI FILHO quem delimita tal conceito, definindo-o como conduta externa que o Direito Positivo impõe ao indivíduo, por exigência da convivência social, e cuja violação configuraria o ilícito.

Por outro lado, RODRIGUES (1987, p. 4) nos ensina:

A responsabilidade civil vem definida por Savatier² como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

TELLES (1997, p. 211), por fim, busca conceituar responsabilidade civil pela sua contraposição ao conceito de enriquecimento sem causa:

No enriquecimento sem causa há do mesmo modo um dano ou prejuízo que se visa eliminar – o empobrecimento. Mas essa fonte de obrigação supõe,

² Nota do origina: “SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*. 2ª ed. Paris: 1951”.

de outro lado e por definição mesma, um enriquecimento, que na responsabilidade civil não é forçoso se verifique. O empobrecido só tem direito à restituição se houver um enriquecido. O lesado tem direito a indenização mesmo em muitos casos em que o responsável nenhum benefício retira do evento.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Modernamente, podemos conceituar a responsabilidade civil como sendo o dever jurídico secundário decorrente da violação a um dever jurídico primário, ou seja, a uma obrigação legal ou contratual.

Na lição dos irmãos Mazeaud, alguém é civilmente responsável quando está sujeito a reparar um dano sofrido por outrem.

Sabe-se que a responsabilidade civil, como hoje a conhecemos, é um conceito contemporâneo, surgido com base num pensamento moral do século XIII, que somente a concebia como decorrente de conduta culposa.

Entretanto, a causação de danos não passou impune no direito antigo, havendo, desde muito, disciplina sobre a sua reparação.

Para chegar-se a tal conclusão, basta atentarmos a que o fundamento filosófico-jurídico do dever de indenizar nos foi legado pelo Direito romano: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não lesar a ninguém, dar a cada um o que é seu).

Já nos registros históricos mais remotos, verifica-se a noção de que qualquer lesão decorrente de um ilícito gera o dever de reparar, porque assim é justo – estando este dever tutelado pelo Direito ou submetido à vingança privada, conforme o estágio da evolução social que se examina.

Nos primórdios das instituições jurídicas, entretanto, não se distinguiam as reparações civil e penal: reconhecia-se inicialmente um direito de vingança, pelo qual se operavam, ao mesmo tempo, a reparação do dano e a punição do seu causador.

Assim é que já no Código de Hamurabi³, elaborado pelo fundador do Primeiro Império Babilônico e datado de 1.694 a.C⁴, encontram-se as primeiras regras conhecidas sobre a reparação de danos.

³ “O Código de Hamurabi, de origem mesopotâmica, é o primeiro monumento preservado de codificação jurídica e encontra-se no Louvre, em Paris. É um bloco de pedra basáltica inscrito em caracteres cuneiformes gravados em uma estela de diorito negro com 2,25 m de altura, 1,60 m de circunferência e 2 m de base, achada na cidade de Susa, na Pérsia (...). Compõe-se de 3.600 linhas que contém 282 artigos inscritos e a imagem de Hamurabi no topo”. ROSÁRIO (2004, p. 03).

Trouxe um forte caráter religioso, traço comum aos mais antigos diplomas legais já descobertos. Ditado pelos deuses, buscava regular o comportamento humano pela via de um rigoroso sistema punitivo, muito bem caracterizado em seu art. 200, que disciplinava: “Se um homem destruir os dentes de seu igual, seus dentes serão destruídos (um dente por um dente).”

Neste, como em diversos outros extratos, evidencia-se a intervenção do legislador para disciplinar a retaliação do particular, em dispositivos impregnados de um forte caráter penalizador ao ofensor⁵.

Mas já neste diploma encontram-se situações nas quais o ofensor poderia livrar-se da reivindicação do ofendido entregando-lhe, ou aos seus herdeiros, uma determinada quantia em dinheiro. Assim, por exemplo: “206. Se durante uma discussão um homem atingir o outro e feri-lo, então deverá jurar: ‘eu não o injuriei conscientemente’, e pagar os médicos.”⁶

Igualmente digno de nota, o Código de Manu, datado do século XIII a.C.⁷, representante do antigo Direito indiano, redigido de forma poética, expondo-se em versos e igualmente dotado de traços de intensa religiosidade⁸.

Distribuído em doze livros, disciplinava o ordenamento religioso da sociedade, os deveres do rei e discorria sobre o direito processual.

Em seu Livro Décimo Segundo, trouxe uma rudimentar idéia de justiça como recompensa suprema das ações humanas: aquele que faz o bem terá o bem eterno nas suas várias reencarnações; o que faz o mal receberá a devida punição nas futuras encarnações.

Como o Código de Hamurabi, mostrava-se rigorosamente casuístico e permeado por um caráter punitivo e altamente violento, sem distinguir com clareza as responsabilidades civil e penal.

⁴ GILISSEN (1988, p. 65). Note-se, entretanto, que diversos autores divergem sobre a data do surgimento deste diploma legal, não se podendo afirmá-la ao certo.

⁵ Entre outros extratos: “218. Se um médico fizer uma grade incisão com uma faca cirúrgica, e matá-lo (ao paciente), ou abrir um tumor (sobre o olho) com a faca cirúrgica, e arrancar o olho, suas mãos devem ser cortadas” e “229. Se um construtor construir uma casa para alguém, e não construí-la adequadamente, e a casa que ele construiu desabar e matar seu proprietário, então esse construtor deve ser levado à morte”.

⁶ Outros exemplos: “207. Se o homem morrer do seu ferimento, ele deve jurar do mesmo modo, e se ele (o falecido) era um homem livre, deve pagar meia mina em dinheiro” e “208. Se ele (o falecido) era um liberto, deve pagar um terço de uma mina”.

⁷ FRANÇA (1988, p.245).

⁸ Segundo a crença indiana, Sarasvati teria sido a primeira mulher, criada pelo deus Brahma da sua própria substância. Desposada por seu criador, deu à luz Manu, o pai da humanidade, a quem se atribui o dito Código. Personagem mítico, altamente honrado não somente como o sumo legislador, mas também por obras de todo o gênero da literatura indiana. Ora assume a figura de um antigo sábio, de um rei, de um legislador, ora a de único sobrevivente à catástrofe do dilúvio.

Apresentava tratamentos diferenciados às mais variadas castas por ele tratadas, de acordo com as quais se sujeitava o ofensor a penas corporais ou pecuniárias mais ou menos intensas. Assim, por exemplo: “Art. 264º. Um Ksatriya, por ter injuriado um Brâmane, merece uma multa de cem panas; um Vaisya, uma multa de cento e cinquenta ou duzentos; um Sudra, uma pena corporal.”⁹

Mas o marco maior do Direito antigo, especialmente no que diz com a responsabilização por danos, foi o Direito Romano, assim considerada a produção jurídica que se estendeu desde a fundação de Roma, no século VII a.C., até o império de Justiniano, no século VI d.C.¹⁰

Deste, importantes para o tema ora em exame, a Lei das XII Tábuas, datada do ano de 450 a.C. e a *Lex Aquilia de damno*, surgida por volta do ano 286 a.C.

A primeira foi resultado da luta por igualdade levada a cabo pelos plebeus em Roma: como lei escrita, traria menor variação nos julgamentos que envolvessem patrícios e plebeus, já que, sendo os juízes de origem patrícia, a tendenciosidade de seus julgamentos era óbvia.

Tratava da reparação de prejuízos em diversas de suas passagens. Sobre a figura do devedor, assim estabelecia: “Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida” (alínea 08 da Tábua Terceira).

E ainda, na alínea 9, dessa mesma Tábua:

Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.¹¹

⁹ Outros exemplos: “Art. 267º. Um homem da última classe que insulta um Dvija por invectivas afrontosas, merece ter a língua cortada, porque ele foi produzido pela parte inferior de Brama”; “Art. 268º. Se ele os designa por seus nomes e por suas classes de uma maneira ultrajante, um estilete de ferro, de dez dedos de comprimento, será enterrado fervendo em sua boca”; “Art. 269º. Que o rei lhe faça derramar óleo fervendo na boca e na orelha se ele tiver a imprudência de dar conselhos aos brâmanes relativamente ao seu dever”; “Art. 276º. De qualquer membro que se sirva um homem de baixo nascimento para ferir um superior, esse membro deve ser mutilado”; “Art. 277º. Se ele levantou a mão ou um bastão sobre o superior, deve ter a mão cortada; se em um movimento de cólera lhe deu um pontapé, que seu pé seja cortado”; “Art. 284º. Quando um membro foi ferido e daí resulta uma chaga ou uma hemorragia, o autor do mal deve pagar as despesas da cura; ou se ele se recusa a isso, deve ser condenado a pagar a despesa e uma multa”.

¹⁰ Depois desse período, renasce no Ocidente, no século XII, e segue influenciando legislações.

¹¹ Ainda de maneira casuística: “Se alguém, sem razão, cortar árvores de outrem, que seja condenado a indenizar à razão de 25 asses por árvore cortada” (alínea 09, da Tábua Segunda); “Se um quadrúpede causar qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado”, “Se alguém causar um dano premeditadamente, que o repare” (alíneas 01 e 02, da Tábua Sétima), “Se alguém ferir a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo”, “Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deverá ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido for um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido for um escravo” (alíneas 11 e 12, daquela mesma Tábua).

A despeito de sua absoluta importância histórica no que concerne à definição da responsabilização, foi a *Lex Aquilia de damno* quem nos trouxe um princípio geral regulador da responsabilidade civil, já desvinculada da penal e estabeleceu as bases jurídicas da responsabilidade extracontratual.

Na lição de GUIMARO JUNIOR (2005), cindiu-se a reação contra o agente do ilícito: a vítima passou a obter dele uma reparação (ação privada) e autoridade pública a puni-lo (ação pública).

Do mesmo modo, ultrapassou-se uma concepção arcaica de responsabilidade objetiva (já que no Direito antigo, fundamental era saber a que classe social pertenciam os envolvidos, sendo a culpa, por si só, insuficiente para a imposição da reparação). Caminhou-se para uma responsabilidade subjetiva, reforçada pela influência do Direito canônico, séculos após, já na Baixa Idade Média, quando se conceituou a responsabilidade como sendo a punição para os pecados cometidos. E a culpa, naquele momento histórico, confundia-se com o próprio pecado.

Chegou-se, assim, à invenção da tradição romano-cristã que foi a responsabilidade como dever de reparação baseado na culpa, num modelo que veio a influenciar os pensadores do século XIX e ainda se faz presente nos dias de hoje.

3.2 A CONTRIBUIÇÃO FRANCESA

O século XVIII marcou-se, especialmente na França, pelo Iluminismo, verdadeira revolução cultural e intelectual que se operou na Europa, representando o ápice das transformações iniciadas com o Renascimento.

Trouxe consigo as idéias de liberdade político-econômica e de igualdade perante a lei, impregnando-se do individualismo defendido pela burguesia. Incentivando a investigação científica, conduziu a uma gradativa separação entre a religião e a ciência, determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem.

Marcada pelo atraso de suas instituições, por uma grave crise sócio-econômica e sob a influência das idéias iluministas, no ano de 1.789, com a tomada da *Bastille*, viu surgir a Revolução Francesa, marco do início da Idade Contemporânea.

Note-se que àquela época, dividia-se a França entre as regras do direito costumeiro germânico, do Direito Romano, os dogmas do cristianismo e alguns resquícios do direito feudal.

Inspirada pelos ideais iluministas, a sublevação de lema *Liberté, Egalité, Fraternité* ecoou em todo mundo, pondo abaixo regimes absolutistas e ascendendo valores burgueses.

Em 1.794, com o Golpe do 18 Brumário, passou-se o poder ao jovem general Napoleão Bonaparte, que não tardou a perceber o risco que lhe representava a instabilidade e a variedade dos regimes legais vigentes na França.

Assim foi que no ano de 1.804, o mundo testemunhou o nascimento do diploma legal que comandaria um movimento de codificação ao redor do globo e influenciaria o Direito ocidental até os dias de hoje, o Código Civil Francês, ou simplesmente Código Napoleão.

Sobre ao instituto da responsabilidade civil, conforme assevera a professora HIRONAKA (2002, p. 35), é nele que se encontra a sua primeira formulação expressa, trazendo a culpa – independente da sua gravidade – como fator suficiente a ensejar a reparação dos danos causados.

É o que se nota pela simples leitura dos seus artigos 1.382 e 1.383, mencionando expressamente a atuação culposa, a negligência e a imprudência: “Art. 1.382. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*” (todo fato causado pelo homem, que cause prejuízo a outrem, obriga aquele por cuja culpa ocorreu, a repará-lo) e “Art. 1.383. *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*” (todo homem é responsável pelo prejuízo que causou, não somente por fato mas também por sua negligência e imprudência).

Entretanto, na segunda metade do século XIX, atingiu a França a Revolução Industrial, encerrando a transição entre feudalismo e capitalismo e descortinando um novo universo de conflitos, em quantidade e qualidade jamais vistos.

Concentraram-se os trabalhadores em fábricas absolutamente insalubres, pessimamente iluminadas, abafadas e sujas. Os artesãos, acostumados a controlar o ritmo de seu trabalho, passaram a trabalhar até 18 horas por dia, submetendo-se à disciplina da produção em série. Um número cada vez maior de pessoas deixava o campo para trabalhar nas fábricas, multiplicando assustadoramente a população das cidades. Utilizava-se, inclusive, trabalho infantil e feminino, não havendo qualquer garantia contra acidentes. A mecanização desqualificava o trabalho, o que tendia a reduzir os salários.

A energia a vapor revolucionou a tecnologia da época, sendo aproveitada para movimentar os gigantes teares já utilizados. Mais tarde viriam a energia hidrelétrica e a derivada do petróleo. Estavam os trabalhadores expostos em função do empirismo das máquinas de então e do seu próprio despreparo técnico para operá-las.

O transporte também se revolucionou com a invenção da locomotiva e do barco a vapor. As estradas de ferro vieram facilitar o transporte dos manufaturados, barateando-os. E não podemos deixar de lado a invenção do automóvel movido à gasolina, por Daimler e Benz, em 1.885, que geraria tantas mudanças no modo de vida das grandes cidades.

Diante da transformação dos meios de produção e do avanço tecnológico que impulsionaram uma absoluta modificação na sociedade francesa, o *Code Napoléon* já se mostrava inadequado, forçando a doutrina e a jurisprudência de então a adaptarem o seu texto legal às novas necessidades que se apresentavam¹², ensejando uma nova concepção de responsabilidade civil.

A grande dificuldade encontrada evidenciou-se na prova da culpa: a vítima, em regra, apresentava-se em posição técnica e econômica muito desfavorável em relação ao autor do fato. A parte mais exposta aos riscos do desenvolvimento era exatamente a que dele menos se beneficiava: as maiores vítimas dos acidentes de automóveis não eram os seus proprietários, as dos acidentes de trabalho não eram os grandes industriais e nem tampouco eram os donos das grandes companhias exploradoras as vítimas das estradas de ferro.

Muitas vezes, era verdadeiramente impossível a prova da culpa dos danos causados, até porque estes danos, não raro, não se deviam a nenhuma atuação culposa, senão aos riscos do desenvolvimento social.

Nas palavras de GIORDANI (2004, p. 33):

Diante de um realidade completamente distinta, percebe-se que a necessidade de comprovação da culpa como pressuposto da reparação do dano mostra-se injusta e inadequada para um sistema a ser aplicado em uma sociedade mais complexa, onde as diversas atividades desempenhadas produzem riscos variados, agravados com o desenvolvimento de outras formas de energia, crescimento da indústria, surgimento e aprimoramento dos meios de transportes cada vez mais rápidos etc.

RIPERT (p. 1937, 330/333) ressaltou com propriedade a dificuldade da prova da culpa, nos seguintes termos:

¹² “Pelo Código, mas além do Código (*par le Code mais au dela Code*) foi a diretriz que, durante muitos anos, os tribunais franceses aplicaram com a finalidade de manter o seu direito em condições de dar soluções adequadas, eficientes e equitativas aos conflitos de interesse”: WALD (2004, p. 100).

O direito moderno já não visa o autor do acto, mas a vítima. O que pretende é obter a reparação; pouco lhe importa que o juiz aprove ou censure o acto que foi causa do dano; que a culpa seja ou não estabelecida, o prejuízo subsiste e esse não pode ser tolerado. A regra do art. 1.382 [do Código Civil Francês] supõe que a vítima prove a existência de uma falta causadora do prejuízo. Ora, se este é fácil de estabelecer, a prova da culpabilidade assim como o laço de causalidade entre a falta e o prejuízo constitui muitas vezes prova diabólica. Quanto mais as forças de que o homem dispõe são multiplicadas por meio de mecanismos complicados, suscetíveis de agir à distância, quanto mais os homens vivem amontoados e próximos dessas máquinas perigosas, mais difícil se torna tentar descobrir a verdadeira causa do acidente e estabelecer a existência da falta que o teria causado.

Deste modo, já no final do século XIX, criou-se principalmente na França a teoria do risco, buscando uma fundamentação para a responsabilidade objetiva, em especial como instrumento de viabilização da reparação dos acidentes de trabalho que, àquela altura, assumiam proporções nunca antes imaginadas.

Valorosa contribuição prestaram Louis Josserand e Raymond Saleilles, que chegou inclusive a buscar na letra do próprio artigo 1.382 do Código Civil Francês, tido por consagrador da culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva, a configuração da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco.

Para DIAS (1979, p. 58), assentaram-se os fundamentos da teoria do risco na equidade, no sentimento de solidariedade social e na revolta em face das desigualdades de fortuna influenciando nos direitos reclamados pelas partes.

Por esta doutrina, aquele que exerce uma atividade de risco deve suportar os seus ônus, independentemente de ter agido com culpa. É a assunção dos riscos por aquele quem os cria.

Vale dizer que em torno da teoria do risco surgiram diversas subespécies, podendo-se destacar as do risco-proveito (o dano deve ser reparado por quem dele tira algum proveito, independentemente de culpa), do risco profissional (o dano deve ser reparado por quem explore a atividade ou profissão daquele que se vitimou no exercício ou por ocasião dessa atividade ou profissão, independentemente de culpa – acidentes de trabalho), do risco excepcional (atividades que submetam a coletividade a um risco excepcional, como a exploração de redes de energia elétrica de alta tensão ou de materiais radioativos, geram para os seus exploradores o dever de indenizar, independente de culpa), do risco criado (o dano deve ser reparado por quem, por sua atividade ou profissão, expôs a vítima ao risco da sua ocorrência, independentemente de culpa) e do risco integral (justifica o dever de indenizar até

mesmo nos casos de inexistência de nexo de causalidade entre o dano e a atuação do responsável, sendo somente adotada em casos especialíssimos previstos em lei, dado o seu rigor).

Importante realçar que a teoria do risco, fundamentando a responsabilização objetiva, conduziu também o nosso Direito por uma verdadeira revolução no tratamento da responsabilidade civil, que trilhou caminhos que legitimam falar-se numa verdadeira tendência à cada vez mais forte objetivação da responsabilidade civil no Direito brasileiro.

3.3 DAS LEIS DO IMPÉRIO AO CC/02

À época do *descobrimento* do Brasil, vigoravam em Portugal as chamadas Ordenações do Reino, compilações de leis que vigoraram de 1.446 a 1.867, até que fosse aprovado o primeiro Código Civil português, na seguinte ordem cronológica: Ordenações Afonsinas (1.446 a 1.521), Ordenações Manuelinas (1.521 a 1.603) e Ordenações Filipinas (1.603 a 1.867), assim batizadas em óbvias homenagens aos monarcas de então, D. Afonso V, D. Manuel e D. Filipe II.

No Brasil, até o surgimento do Código de 1.916, regularam a matéria civil estas mesmas Ordenações, alteradas pela chamada *Lei da Boa Razão*, também de origem portuguesa, promulgada por D. José, em 18 de agosto de 1.769 e assim chamada porque em seu art. 2º autorizava “que o direito romano servisse de subsídio, nos casos omissos, não por autoridade própria, que não tinha, mas por serem muitas as suas disposições fundadas na boa razão”.

Com o Código Criminal de 1.830, já no período Imperial, começou a se delinear uma concepção jurídica de ressarcimento, com o instituto da *satisfação*.

Em 1.841, a lei nº 261, de 3 de dezembro, derogou aquele Código Criminal, revogando ainda o § 5º do art. 269 do Código de Processo então vigente, de 1.832. Com base nestas alterações, Teixeira de Freitas passou a sustentar a separação das responsabilidades civil e criminal, observando que o ressarcimento do prejuízo ocasionado pelo delito passara ao domínio da competência legislativa civil. Neste momento, consolidou-se no Direito brasileiro o instituto da responsabilidade civil como independente da responsabilidade criminal, fundamentado no conceito de culpa.

Influenciados pela *febre de codificação que varreu a Europa, no século XIX, espraiando-se pelas Américas, e da qual Napoleão foi uma espécie de Código-modelo* (SOUZA, 2004, p. 39), criamos o Código Civil de 1.916, cujo projeto data do ano de 1.898, quando foi encaminhado à apreciação do Congresso Nacional.

Embora àquela época, na França, já se difundisse a mencionada teoria do risco, o Código de 1.916 entrou em vigor erigindo em seu art. 159 a culpa como fundamento da obrigação de indenizar, tendo como modelo o disposto sobre a matéria ainda no *Code Napoléon*.

Na mesma esteira, em seu artigo 15, de ambígua redação, tratando das pessoas jurídicas de Direito Público, estabeleceu o que veio a assentar-se como sendo o fundamento jurídico da responsabilidade do Estado fundada em culpa.

A responsabilidade subjetiva, assim, permaneceu como regra legal geral durante toda a sua vigência, convivendo ao seu lado, para alguns casos específicos, a responsabilidade objetiva.

Mas essa transição entre as responsabilidades subjetiva e objetiva não foi nada fácil: inicialmente, passou-se a admitir em sede jurisprudencial uma maior facilitação da prova da culpa. Evoluiu-se para a admissão da culpa presumida, invertendo-se o ônus da sua prova. Chegou-se então a um movimento de ampliação dos casos de responsabilidade contratual, para finalmente evoluir-se para a previsão da responsabilidade objetiva, em alguns casos especiais.

Aos poucos, foi-se admitindo por disposições legais expressas estas tais hipóteses de objetivação da responsabilidade.

Àquela altura já nem de longe lembrávamos a sociedade colonial de outrora¹³. E, a partir daí, passaríamos por transformações sociais que determinariam uma verdadeira revolução na matéria da responsabilidade civil.

¹³ Os primeiros esforços importantes para a industrialização vêm do Império, quando empresários brasileiros como Irineu Evangelista de Souza, o Visconde de Mauá, e grupos estrangeiros, principalmente ingleses, investiram em estradas de ferro, estaleiros, empresas de transporte urbano e gás, bancos e seguradoras. Em 1854 inaugurou-se a primeira estrada de ferro brasileira, num trajeto de 18 km entre a serra de Petrópolis e a cidade do Rio de Janeiro. Anos após, já contávamos com 62 indústrias, 14 bancos, 8 estradas de ferro, 3 caixas econômicas, além de companhias de navegação a vapor no Amazonas e Rio Grande do Sul, seguros, gás e transporte urbano. Neste sentido, MAUÁ e o início da Modernização no Brasil. Disponível em <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=165>>. Acesso em: 23 maio 2007.

Já no início do século XX, algumas cidades do Nordeste, além de São Paulo e Rio de Janeiro, cresciam a taxas elevadas, concentrando esta última a presidência da República, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal. Sobre a época, em entrevista à “TV Escola”, lecionou o Prof. Boris Fausto: “*Foram abertas avenidas, como a Rio Branco, a paisagem urbana sofreu muitas transformações. Os moradores pobres do centro foram empurrados para os subúrbios, ou para as favelas, que começavam a se formar nos morros. A industrialização mudou a fisionomia das cidades. Com o aumento do consumo de tecidos baratos nos primeiros anos do século*

Assim, ainda antes da vigência do CC/16, no ano de 1.912, entrou em vigor a Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12), primeira a cuidar da responsabilidade do transportador no Direito pátrio, que em seu art. 26, como doutrinariamente se reconhece, estabeleceu o primeiro caso de responsabilidade civil objetiva, fundado na teoria do risco:

Art. 26. As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietarios marginaes. Cessará, porém, a responsabilidade si o facto danoso fôr consequencia directa da infracção, por parte do proprietario, de alguma disposição legal ou regulamentar relativa a edificações, plantações, excavações, deposito de materiaes ou guarda de gado á beira das estradas de ferro.

Avançada para seu tempo e acorde com a mais atualizada doutrina da época, foi sendo aos poucos estendida, por analogia, aos demais meios de transporte, como os bondes.

Para outros casos, estabelecia a responsabilidade das estradas de ferro fundada em culpa presumida: “perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar” (art. 1º) e “desastres que nas suas linhas succederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corporal” (art. 17).

E para outros casos, ainda, culpa provada: “perda ou avaria das bagagens não despachadas que acompanham os passageiros e ficam sob a sua guarda” (art. 11).

Do mesmo modo, já no ano de 1.919, estabeleceu-se a responsabilidade objetiva para os casos de acidentes de trabalho, através do Decreto nº 3.724/19, seguido pelo Decreto nº 24.637/34, pelo Decreto-lei nº 7.036/44 e pela Lei nº 5.316/67, regulamentada pelo Decreto nº 61.784/97. Aqui, na verdade, se apresenta hipótese de acolhida da teoria do risco integral, eis que nem mesmo as causas excludentes do nexó de causalidade (fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito e força maior) afastam o direito da vítima.

Mais recentemente, alterou a matéria o tratamento constitucional dado pelo art. 7º, XXVIII, da Carta Magna de 1988.

Outro ponto que enfrentou um processo de transformação no Direito Civil pátrio, anos após, foi a responsabilidade civil do Estado.

Com base, exatamente na ambigüidade do artigo 15 do CC/16, que a disciplinava, juristas como Rui Barbosa e Pedro Lessa, influenciados por idéias francesas, passaram a sustentar a responsabilidade objetiva do Estado.

20, foram criadas algumas grandes fábricas têxteis e, em cidades como São Paulo, Rio de Janeiro e em parte Recife e Salvador, surgiram as chamadas *fabriquetas de fundo de quintal*” (ENTREVISTA. Programa “República”. Prof. Boris Fausto. Parte 2. Disponível em <http://www.portal.mec.gov.br/seed/tvescola/historia/entrevista_3b.asp>. Acesso em: 23 maio 2007.

A jurisprudência do STF mostrou-se sensível às novas idéias, acolhendo primeiramente a teoria da responsabilidade do Estado por culpa anônima, pela *falta do serviço* (ou, mais adequadamente, *culpa do serviço*), que dispensava a identificação do agente público causador do dano, individualmente, e a prova da sua culpa (culpa individual do agente público), satisfazendo-se com a prova da ausência, do atraso ou do mau funcionamento do serviço prestado (culpa do serviço).

Entre os anos de 1.930 e 1.945, vivemos o período do Estado Novo: tratando-se de uma época de ditadura, surpreendeu-nos o STF exatamente entre as décadas de 30 e 40, com postura verdadeiramente corajosa, passando a acolher a teoria da responsabilidade objetiva do Estado ainda sem previsão legal expressa e, aí sim, dispensando-se qualquer discussão acerca da existência de culpa – seja ela individual ou anônima do serviço público¹⁴.

Somente na Constituição de 1.946, art. 197, foi que se acolheu expressamente a responsabilidade objetiva do Estado em nossa ordem jurídica, com base no risco administrativo.

Tal posicionamento foi mantido nas Constituições de 1.967 e 1.969, chegando ao § 6º, do art. 37 da Constituição da República de 1988, que, de novo, acresceu às pessoas jurídicas de Direito Público as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos como objetivamente responsáveis pelos atos de seus agentes.

Ainda na esteira da legislação especial que estabeleceu casos específicos de responsabilidade objetiva, no ano de 1.967 entrou em vigor o Código da Mineração (Decreto-lei nº 227/67), impondo-a àqueles que se dedicam à exploração da lavra. Neste sentido, os seus artigos 22, VI, 27, *caput* e 47, VIII.

Em 1.974, estabeleceu-se o seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores (DPVAT), por meio da Lei nº 6.194, de 19 de dezembro daquele ano, alterada pela Lei nº 8.441/92, acolhendo, em mais uma hipótese especialíssima, a teoria do risco integral.

Ainda merecem destaque a responsabilidade objetiva pelos danos ao meio ambiente (art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81 e após, art. 225, § 3º da CR/88), pelos danos causados por

¹⁴ Por outro lado, o próprio momento histórico é quem justifica, em parte, a valorosa postura adotada: como reação à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque e às dificuldades causadas ao comércio internacional pela II Guerra Mundial, foi no Estado Novo que se adotaram medidas concretas para a industrialização brasileira, em grande parte pela criação de empresas estatais. Em 1.943, fundou-se no Rio de Janeiro a Fábrica Nacional de Motores. Em 1.946 começou a operar o primeiro alto-forno da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), em Volta Redonda (RJ). Em outubro de 1.953, criou-se a Petrobrás, detendo o monopólio de pesquisa, extração e refino de petróleo. Todas essas, empresas estatais.

exploradores de aeronaves a terceiros na superfície (art. 268 da Lei nº 7.565/86, o Código Brasileiro de Aeronáutica), pelos danos nucleares, de responsabilidade da União (art. 8º da Lei nº 6.453/77 e após, art. 21, XXIII, “c” da CR/88) e, finalmente, pelos danos causados aos consumidores e terceiros a eles equiparados (Lei 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor), neste último caso, lançando importante contribuição à difusão da responsabilidade objetiva no dia-a-dia dos nossos Tribunais.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESSUPOSTOS

4.1 O DANO

Não existe responsabilidade civil sem dano. O ato ilícito, para que se considere indenizável, deverá apresentar como resultado um dano. Se não houve prejuízo, não haverá o que ser ressarcido. Por isso é que se diz que o dano é determinante do dever de indenizar.

Podemos chamar de dano qualquer lesão que se verifique a um bem jurídico. Se esse bem atingido apresenta caráter patrimonial, falamos em dano material. Se, por outro lado, o bem jurídico atingido não pode ser economicamente apreciável, falamos então em dano moral.

O dano material é suscetível de mensuração econômica e deve ser reparado preferencialmente pela reposição do *status quo ante*. Quando essa reposição se mostrar inviável – o comum das vezes na prática forense –, através da indenização pecuniária.

Pode ser doutrinariamente classificado em dano emergente e lucro cessante.

Identifica-se o dano emergente sempre que se verificar a efetiva e imediata redução patrimonial do lesado. Incide sobre um bem já existente à época do fato. Diz-se, tradicionalmente, que o dano emergente é aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Assim, por exemplo, para uma vítima de erro médico, é dano emergente o que gastou com tratamento e medicação.

Quanto ao lucro cessante, incide sobre bem ou interesse futuro, que ainda não integra o patrimônio do ofendido à data do fato. É, em poucas palavras, a frustração da expectativa de lucro da vítima.

Exige-se para a sua configuração, entretanto, que se trate de uma expectativa real e não simples possibilidade.

Nos termos do art. 402, do CC/02, consiste no que a vítima *efetivamente deixou de lucrar*.

No exemplo do erro médico, tendo-se como vítima um vendedor comissionado, será lucro cessante o que ele efetivamente deixou de ganhar durante o seu período de recuperação, em razão do afastamento de seu trabalho. Diga-se, nesta hipótese, que o cálculo do valor indenizatório se dará sobre a média diária comprovada de suas vendas.

Ao lado dos danos materiais, temos a discutida figura do dano moral, sobre cuja conceituação ainda se debruçam os estudiosos.

Historicamente, partiu-se da irreparabilidade do dano moral, com fundamento na inadmissibilidade do chamado *pretium doloris* (preço da dor), na transitoriedade do dano (já que das dores d'alma o tempo – e só ele – se encarregaria de curar) e da imensurabilidade dos sentimentos (o que não se mede não se pode indenizar), para chegar-se à elevação do direito à indenização por danos morais ao nível de cláusula pétrea, como inserto no texto constitucional em vigor.

Tal transformação tem um forte fundamento histórico.

Transitamos entre um Estado liberal clássico e uma democracia social, amparada por uma Constituição Cidadã, que se centrou indiscutivelmente na figura humana.

Passamos de um sistema focado na proteção patrimonial, inspirado nos ideais libertários já trazidos pelo *Code Napoléon*, de 1804, para um modelo fundamentado na dignidade da pessoa humana, que veio a positivar-se logo no primeiro artigo da nossa Lei Maior (CR/88, art. 1º, III) e a servir de parâmetro à filtragem de todo o sistema legal posto ou por se criar.

A despeito do caráter cultural (e mesmo temporal) que possa trazer consigo o conceito de dignidade¹⁵, merece transcrição a conceituação oferecida pelo mestre SARLET (2002, p. 62), no sentido de que...

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

¹⁵ A Constituição da República Popular da China, de 04.12.82, *v. g.*, a par de assegurar a inviolabilidade da dignidade pessoal dos cidadãos chineses (art. 38), restringe a liberdade de credo às práticas religiosas *normais* (art. 36) e excetua a inviolabilidade das correspondências com a possibilidade de controle dos escritos pelos serviços de segurança pública em caso de necessidade para a *segurança do Estado*.

Do mesmo modo, a Constituição da República Islâmica do Irã, de 04.12.80, em seu artigo 22, excepciona à inviolabilidade da dignidade os *casos autorizados pela lei*.

Por fim, os casos de tortura, discriminação e mutilação genital previstos em leis de Estados signatários da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, que em seu artigo 5º, prevê o *direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana*. Cf. BRANDÃO (2001).

Digna de registro é a estreita relação que vincula a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, de tal modo que segue afirmando o referido estudioso: “... em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa” (ibid., p. 89).

Como se poderia esperar, tal mudança de paradigma fez o que era inconcebível passar a mostrar-se evidente.

Se anteriormente, ao nosso Direito (vale dizer, da tradição romano-cristã) parecia imoral qualquer tentativa de valorar-se e indenizar-se a dor moral, passou-se ao entendimento de que, na hipótese, não se vislumbra propriamente uma *indenização*, mas sim uma *compensação*, eis que jamais se poderá ver restabelecido o *status quo ante*.

Sob este ponto de vista, não se *paga* pela dor moral sofrida: *compensa-se* a vítima lesada em sua esfera extrapatrimonial, no intuito de viabilizar-se, ao menos, o abrandamento do sofrimento causado.

Tal entendimento se coaduna com a mudança de papéis que MORAES (2003, p. 148) já vislumbrava em meados do século XX, entre o ofensor e a vítima, que, de corriqueiramente obrigada a suportar os danos sofridos, assumiu o posto de principal figura da relação jurídica instalada pelo evento danoso.

Se, por um lado, tradicionalmente identificou-se o dano moral como sendo o sofrimento que decorre da lesão a um direito extrapatrimonial alheio¹⁶, a evolução da doutrina civil-constitucional veio a identificá-lo com a própria lesão a qualquer dos direitos da personalidade.

Verificada a lesão a direito da personalidade, aí se verifica o dano moral, sem que se deva cogitar inclusive da prova do prejuízo sofrido, como vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça¹⁷.

No mesmo sentido, a preciosa doutrina de LOBO (2001, p. 64):

[...] os direitos da personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas às pessoas, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A

¹⁶ Neste sentido, tome-se por todos DIAS (1994, p. 741): “O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada”.

¹⁷ Neste sentido, o entendimento das 1ª, 2ª e 3ª Turmas deste Tribunal: “É cabível indenização por danos morais se a inscrição no cadastro de inadimplentes for feita indevidamente, não havendo necessidade de comprovação do prejuízo, que é presumido.” Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jcomp/doc.jsp?livre=%22dano+moral%22&&b=COMP&p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em: 02 dez 06).

responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade.

Essa transformação conceitual deve-se ao tratamento dado pela CR/88 à figura do dano moral.

Diante de um Código Civil que já não mais atendia às transformações sociais ocorridas desde o início do século XX e diante de uma sociedade que não mais podia aguardar a aprovação do Código Civil então em tramitação, o mais privado de todos os ramos do Direito, o Direito Civil, veio a resolver suas questões fundamentais no Direito Público, através da CR/88, num fenômeno que hoje denominamos *constitucionalização do Direito Privado*.

Assim foi que no seu primeiro artigo, essa Carta Magna enunciou como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, com evidentes reflexos no tratamento da matéria em debate.

Por conseguinte, parece-nos mais acertada a conceituação do dano moral como sendo a lesão a direito da personalidade, repercutindo, pois, na dignidade do ofendido.

4.2 O NEXO DE CAUSALIDADE

Pressuposto igualmente necessário à configuração da responsabilidade civil, o nexo de causalidade pode ser descrito, num conceito mais natural do que propriamente jurídico, como a relação de causa e efeito que deve existir entre o dano sofrido e a ação ou omissão do agente: se o dano reclamado não tem qualquer relação com a conduta do seu suposto causador, inexistente obrigação de repará-lo. Significa dizer que só responde pelo resultado quem o deu causa¹⁸.

¹⁸ Ainda na hipótese de responsabilidade pelo fato de terceiro, exige-se a configuração do nexo de causalidade. Nesse caso, entretanto, a relação de causa e efeito entre o agente “A” e a vítima “B” vai repercutir em “C”, que assumirá a obrigação de indenizar o dano que aquele causou, em função de entre eles existir um vínculo jurídico especial. Assim, por exemplo, a obrigação de o plano de saúde indenizar o dano causado por médico seu credenciado ou cooperado e a obrigação do cirurgião chefe de equipe indenizar os danos causados pelo anestesiológico que impôs ao paciente, situação especial que adiante se discutirá.

É necessário demonstrar que sem a conduta discutida não se chegaria ao resultado danoso. Por isso é que se diz que o nexo causal é o elemento que define o responsável, o causador do dano, orientando contra quem deve a vítima pretender sua reparação.

Existem situações em que a definição do agente causador do dano é especialmente tormentosa, especialmente quando se pode concluir que uma série de condições concorreram para o resultado reclamado.

É a chamada *causalidade múltipla*, para cuja solução estabeleceram-se algumas teorias que merecem realce e devem ser sempre acrescentadas ao bom senso do julgador, que examinará atentamente, caso a caso, o conjunto probatório produzido.

A primeira delas é a chamada *teoria da equivalência dos antecedentes*, também chamada de *teoria da equivalência das condições*, criada por von Buri, sob a inspiração de Stuart Mill e especialmente difundida no campo do Direito Penal.

Ensina que se várias condições se somaram para a obtenção do mesmo resultado final, todas elas têm o mesmo valor, sendo, pois, equivalentes. Não se distingue a maior ou menor importância de cada fator considerado, cada contribuição dada. Se o resultado é uno, não se podendo dividi-lo, ele deverá ser atribuído de maneira igualitária a tudo aquilo que contribuiu para que ocorresse, sem qualquer distinção.

Busca-se o nexo de causalidade num processo mental hipotético de exclusão: exclui-se, de maneira imaginária, um determinado fator que antecedeu ao dano. Se puder-se concluir que ainda sem tal fator o dano seria causado, não há nexo entre os dois. Se, por outro lado, excluído o antecedente, excluir-se automaticamente o dano, tem-se aí o nexo de causalidade necessário ao dever de indenizar.

CAVALIERI FILHO (op. cit., p. 67) refere crítica segundo a qual a *equivalência dos antecedentes* poderia conduzir a uma regressão infinita do nexo causal. Em suas palavras: “Por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria prima etc”¹⁹. O raciocínio é simples: se o motorista não houvesse dirigido de forma imprudente, a vítima não teria sido atropelada, tanto quanto não teria sido atropelada se o vendedor não houvesse vendido o automóvel, seu fabricante não o houvesse produzido ou o fornecedor da matéria-prima a houvesse sonegado. E cada uma dessas contribuições vai

¹⁹ O exemplo remete às condenações noticiadas na Justiça americana, de indústrias fabricantes de armas e munição pelos danos que esses artefatos, em mãos erradas, tenham causado a vítimas que por elas venham a ser atingidas.

merecer igual valoração, sendo igualmente considerada causa do dano reclamado e, por isso mesmo, geradora do dever de indenizar.

A segunda teoria, esta sim amplamente acolhida em nosso Direito Civil²⁰, é a chamada *teoria da causalidade adequada*, elaborada por von Kries, que na prática importa em distinguir condição antecedente de causa.

Causa é aquilo de que uma coisa depende para existir (por exemplo, a direção imprudente pelo motorista que atropela a vítima). Condição é o que permite à causa atuar (por exemplo, o fabricante do automóvel conduzido por esse mesmo motorista, que simplesmente por produzi-lo permitiu que a sua direção imprudente viesse a lesionar a vítima).

Causa, assim, é o antecedente não só necessário, mas também mais adequado para que o dano viesse a ser produzido. Só será considerado causa o antecedente mais adequado à verificação do dano (no exemplo dado, a condução imprudente). Tudo o mais que concorrer para o resultado final, podendo inclusive agravá-lo mas que não possa determiná-lo, será considerado *concausa*²¹.

Entre as várias condições, considerar-se-á causa aquela que, pela experiência comum, mostrar-se mais adequada para gerar o dano no caso concreto. E autor do dano será considerado aquele que decisivamente influiu para a sua ocorrência, comissiva ou omissivamente.

DIAS (apud CAVALIERI FILHO, 2003, p. 71), neste contexto, norteia a ação de responsabilidade civil, ao afirmar que: “Para que a ação de responsabilidade possa ter cabimento em proveito da vítima, é necessário que o dano se ligue diretamente à falta do réu, e que tal relação não seja interrompida.”

E segue exemplificando: “Assim, o condutor de um automóvel que feriu uma pessoa não é responsável pela morte dela, se essa morte resulta da falta do médico que lhe assiste”.

Em termos de nexo de causalidade, devem ser examinadas as suas excludentes, que igualmente afastam a responsabilidade civil.

²⁰ Tal entendimento tem como respaldo legal a redação do art. 403 do CC/02, que repetiu o anterior art. 1.060 do CC/16, limitando as perdas e danos ao que decorrer como efeito *direto e imediato* da inexecução. No direito comparado, tem acolhida nos artigos 1.151 do CC francês, 1.223 do CC italiano, 520 e 901 do CC argentino.

²¹ A concausa não tem o poder de deslocar o nexo de causalidade para si, não se lhe podendo atribuir a causação efetiva do dano. De todo modo, o agente responde pelo resultado mais grave, independentemente de ter conhecimento da concausa existente. *E.g.*: no pós-operatório de cirurgia mal conduzida, a recuperação do paciente é ainda mais dificultada por uma hipovitaminose anterior. A responsabilidade total pelos danos causados é do cirurgião.

São hipóteses em que os requisitos da responsabilidade civil aparentemente se verificam e, ainda assim, inexistente o dever de indenizar, pois há alguma circunstância capaz de negá-lo ou de justificar a conduta do agente, retirando-lhe o caráter de ilícita.

As excludentes tradicionalmente reconhecidas são: o fato exclusivo da vítima, o fato exclusivo de terceiro, o caso fortuito e a força maior. São causas estranhas à conduta do suposto agente, imprevisíveis e inevitáveis para ele.

O fato exclusivo da vítima interrompe o nexo de causalidade e existe quando se verifica que um ato ou fato do lesado foi a única causa do evento²². *E. g.*: paciente que se submeteu a bem conduzida cirurgia plástica mamária foi satisfatoriamente advertida pelo médico responsável acerca da interferência que uma gravidez ocorrida em determinado período pós-operatório poderia causar ao seu processo cicatricial. Apesar das informações recebidas, vem a engravidar no período contra indicado. As alterações hormonais decorrentes da gestação conduzem, por si só, à hipertrofia das cicatrizes. Os danos causados decorreram de culpa exclusiva da vítima, inexistindo para o cirurgião plástico dever de indenizar, por inexistir nexo de causalidade entre a sua atuação e as cicatrizes havidas. O nexo existe, isso sim, entre a lesão sofrida e a conduta da própria vítima.

O fato exclusivo de terceiro se caracteriza quando os danos causados decorrem, exclusivamente, de um ato ou fato de qualquer pessoa que não seja nem a vítima nem o suposto causador do dano. Assim, por exemplo: paciente submete-se a cirurgia de redução de mamas com o cirurgião plástico “A”. Verificada a indicação de um chamado “retoque”, não incomum em procedimentos do gênero, decide por conta própria procurar o médico “B” para fazê-lo. Dias após esse segundo procedimento, vem a sofrer infecção que culmina em necrose e perda do mamilo. Verificada a culpa exclusiva do médico “B” pelos danos sofridos, afasta-se o suposto nexo de que se cogitava entre a atuação do médico “A” e a perda do mamilo, inexistindo para esse último o dever de indenizar.

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo de causalidade que receberam tratamento uniforme do art. 393, do CC/02, mas são objeto de distinção doutrinária.

Caso fortuito é o fato imprevisível e inevitável, estranho ao suposto causador do dano e que por si só constitui a sua causa efetiva. Força maior é o fato inevitável (por ser determinado por forças mais fortes do que a vontade do homem), ainda que previsível, estranho à conduta do agente, geralmente ligado a fatos da natureza, que por si só enseja a

²² Diferente das hipóteses de mera culpa concorrente da vítima, onde não se pode afastar integralmente o nexo de causalidade entre os danos sofridos e uma conduta do agente, mas indica-se, equitativamente, uma redução do valor indenizatório, nos termos do art. 945, do CC/02. Por exemplo, se a vítima deixou de informar ser portadora de uma patologia que pudesse indicar maiores cuidados na condução da cirurgia a que se submetera.

causação do dano. É o chamado *act of God*, excludente da responsabilidade do agente, que ainda que pudesse prevê-lo, não poderia evitá-lo.

A imprevisibilidade e a inevitabilidade capazes de excluir a responsabilidade do agente são aquelas específicas para o caso concreto, não se situando num plano genérico ou abstrato. Devem, ser analisadas caso a caso, dentro do que naquela hipótese específica seria razoável de se exigir.

Importante distinguir-se, no campo das relações de consumo, os chamados *fortuito interno* e *fortuito externo*.

O *fortuito externo* não guarda qualquer relação de causalidade com a atividade do fornecedor do serviço ou produto supostamente defeituoso. É absolutamente estranho a tal produto ou serviço e via de regra surge em momento posterior à sua formulação ou fabricação. Nesse caso, inexistente dever de indenizar os danos que dele decorrem.

Por outro lado, *fortuito interno* é aquele que ocorre no momento da fabricação do produto ou formulação do serviço. Liga-se aos riscos do empreendimento do fornecedor, por isso mesmo não sendo capaz de afastar a sua responsabilidade. Apesar de ser inevitável ou imprevisível, está integrado à atividade do fornecedor, que em última instância lança no mercado produto ou serviço defeituoso e por isso deverá responder, nos termos do art. 12, § 3º, II, *contrario sensu*, do CDC.

Por fim, importante mencionar as hipóteses de afastamento da responsabilidade civil pela ocorrência de situações excludentes da ilicitude da conduta geradora do dano: afastado o ilícito, afasta-se a responsabilidade civil.

São elas: a legítima defesa e o exercício regular de um direito (art. 188, I do CC/02), além do estado de necessidade (art. 188, II daquele mesmo diploma legal).

A legítima defesa surge na repulsa a uma injusta agressão, que justifica o comportamento do agente, afastando-lhe o caráter de ilícito, desde que imediato e moderado. Somente na hipótese da legítima reação do ofendido vir a causar dano a terceiro, estranho ao ofensor, surgirá para ele o dever de indenizar.

O exercício regular do direito, por razões óbvias, exclui o dever de indenizar: onde está o direito, não pode estar o ilícito. Onde não está o ilícito, não pode estar a responsabilidade civil.

O estado de necessidade importa na causação de dano à pessoa ou coisa alheia, absolutamente necessária à remoção de um perigo iminente. Caracteriza hipótese excepcionalíssima de obrigação de indenização por ato lícito: sempre que o dono da coisa lesada não tenha dado causa ao perigo que se pretendeu afastar, o agente responderá pelos

danos que causar-lhe. Poderá, em seu favor, ressarcir-se com aquele que efetiva e culposamente gerou o perigo removido.

4.3 A CONDUTA ANTIJURÍDICA

Alguns autores divergem sobre a configuração do terceiro requisito essencial à responsabilidade civil.

Assim é que, enquanto PEREIRA (2004, p. 661) prefere reconhecê-lo na *conduta antijurídica*, CAVALIERI FILHO (op. cit., p. 42) o identifica na *conduta culposa*.

De fato, parece-nos inadequado exigir-se o fator *culpa* como inerente à conduta, para identificarmos a figura jurídica da responsabilidade civil.

E assim consideramos, precisamente, porque a dispensa de tal fator na configuração da responsabilidade objetiva, por si só, não descaracteriza a sua natureza própria de responsabilidade civil. Em outras palavras, a responsabilidade civil objetiva não deixará de ser, sob nenhum aspecto, responsabilidade civil, pelo simples fato de existir independentemente de culpa.

Neste sentido, HIRONAKA (2003, p. 222) vem preconizar que tanto a *culpa* quanto o *risco*...

... devem deixar de ser considerados como fundamentos da responsabilidade civil, para ocuparem o lugar que efetivamente ocupam, isto é, a posição de fontes da responsabilidade civil, sem importar se uma delas tem primazia sobre a outra, sem a preocupação de que uma aniquila a outra, mas importando saber que, embora tão mais freqüentes os casos de responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, persistem existindo os casos em que se registrará a insuficiência dessa fonte, quando então se abrirá a oportunidade da reparação do dano pelo viés da nova fonte, a do risco. (grifo nosso).

Assim, estamos com aqueles que identificam como requisito essencial à configuração da responsabilidade civil a *conduta antijurídica*.²³

Como definirmos, então, *conduta antijurídica*?

Inicialmente, podemos definir *conduta* como sendo a ação ou omissão humana voluntária, capaz de produzir efeitos jurídicos.

Quanto à *antijuridicidade*, podemos entendê-la como a contrariedade a um dever preexistente.

Conduta antijurídica, então, é a ação ou omissão humana voluntária²⁴, contrária a um dever preexistente capaz de produzir efeitos jurídicos. Pouco importa, neste ponto, que tal conduta se origine de forma intencional ou não, por imprudência, negligência ou imperícia.

Para o professor Orlando Gomes (apud CAVALIERI FILHO, p. 30), nas hipóteses de configuração da responsabilidade sem culpa, o ato não pode, a rigor, ser chamado de ilícito, já que no seu entender a antijuridicidade estaria diretamente atrelada à culpa.

Não nos parece a solução mais adequada.

Neste ponto, estamos com CAVALIERI FILHO (loc. cit.), para quem a violação a dever jurídico preexistente, que ocorre tanto nas hipóteses de responsabilidade subjetiva quanto objetiva, é o bastante para macular de ilicitude o ato em exame.

Resta, assim, como requisito essencial à configuração da responsabilidade civil a *conduta antijurídica*, que poderá ser culposa ou não.

Sobre o tema, bem resumiu PEREIRA (op. cit., p. 654):

O indivíduo, na sua conduta anti-social, pode agir intencionalmente ou não; pode proceder por comissão ou por omissão; pode ser apenas descuidado ou imprudente. Não importa. A iliceidade da conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que salguem falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na violação do ordenamento jurídico²⁵. Comete-o comissivamente quando orienta sua ação num determinado sentido, que é

²³ Não se ignoram as hipóteses excepcionalíssimas de indenização por ato lícito (v.g. arts. 188 II, c/c arts. 929 e 930, 1.258, 1.289, 1.293, 1.358, § 3º etc, todos do CC). Nestes casos, ensina o professor CAVALIERI FILHO (op. cit.) inexistir responsabilidade civil em seu sentido técnico, exatamente por inexistir violação a dever jurídico. O que existe, isso sim, é mera obrigação de indenizar por ato lícito, muitas vezes fundada em ponderação de interesses, justiça comutativa, equidade ou ainda na vedação ao enriquecimento sem causa. São hipóteses em que a lei concede um direito, mas condiciona o seu legítimo exercício à reparação dos danos suportados por terceiros, como na desapropriação, na servidão e no estado de necessidade.

²⁴ CAVALIERI FILHO (op. cit., p. 48) leciona que “conduta voluntária é sinônimo de conduta dominável pela vontade, mas não necessariamente por ela dominada ou controlada, o que importa dizer que nem sempre o resultado será querido.”

²⁵ Nota do original: “Oertmann, *Introducción*, § 62; Enneccerus, *Tratado*, I, § 195; von Tuhr, *Derecho Civil*, III, parte 2ª, § 88”.

contraveniente à lei; pratica-o por omissão, quando se abstém de atuar, se devera fazê-lo, e na sua inércia transgredir um dever predeterminado. Procede por negligência se deixa de tomar os cuidados necessários a evitar um dano; age por imprudência ao abandonar as cautelas normais que deveria observar; atua por imperícia quando descumprir as regras a serem observadas na disciplina de qualquer arte ou ofício.

Sobre a culpa, melhor discorreremos ao tratarmos da responsabilidade subjetiva, em contraposição à objetiva.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL – ESPÉCIES

5.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Ao tratarmos da responsabilidade civil, podemos concluir que ao seu surgimento pressupõe-se o descumprimento de um dever jurídico originário.

Tal dever pode emanar de um negócio jurídico previamente existente entre os envolvidos e que teve origem na vontade das partes – um contrato. Ou, alternativamente, decorrer de uma obrigação legalmente imposta.

A violação de um ou de outro dos deveres acima elencados é o que conhecemos, respectivamente, por *ilícito contratual* e *ilícito extracontratual*, gerando, cada uma delas, o que chamamos de *responsabilidade civil contratual* (cuja cláusula geral se encontra no art. 389 do CC/02) e *responsabilidade civil extracontratual* ou *aquiliana*, assim denominada em referência à já referida *Lex Aquilia de damno* (cuja cláusula geral se encontra no art. 186, c/c 927, *caput*, ambos do CC/02).

No caso específico da responsabilidade médica, temos que ela se apresenta ora como contratual, no caso da medicina privada, ora como extracontratual, naqueles casos, por exemplo, dos primeiros socorros prestados no momento de um acidente automobilístico por profissional que passa pelo local e, muito mais comumente, no âmbito do serviço público de saúde (note-se que aqui tratamos da responsabilidade do médico, pessoa física, e não da instituição onde se dá o atendimento)²⁶.

Note-se que o contrato celebrado pode ser verbal ou tácito, nem por isso descaracterizando o caráter contratual da relação que se estabelece entre médico e paciente.

Para OMETTO (2004, p. 95), entretanto, trata-se de uma responsabilidade contratual *sui generis*, pois subjetiva²⁷.

²⁶ AGUIAR JR. (1995, p. 35) acrescenta entre as hipóteses de responsabilidade médica extracontratual aquela do médico contratado por empresa particular para prestar assistência aos seus empregados.

²⁷ Para OMETTO, a responsabilidade contratual tem como traço característico a objetividade. Parece haver aqui certa confusão entre objetividade ou subjetividade e ônus da prova. AGUIAR JR. (loc. cit.), melhor trabalhando, não chega a tratar de objetividade ou subjetividade como traço distintivo das responsabilidades contratual e extracontratual. Limita-se a mencionar as diferenças relativas à carga probatória, eis que na contratual, via de regra, basta ao autor da ação a prova da existência do contrato e do inadimplemento havido. Cabe ao réu a prova de que o dano reclamado decorreu de causa estranha a ele. Na extracontratual, cabe ainda ao autor a prova da culpa do réu.

De todo modo, para definirmos o tratamento probatório dado aos casos de responsabilidade médica, importante entendermos se a obrigação originária assumida e inadimplida era de meio ou de resultado.

Isto porque tanto na responsabilidade extracontratual quanto na contratual decorrente da quebra de uma obrigação de meios, caberá ao lesado a prova da culpa do profissional.

Apenas nas hipóteses excepcionais de responsabilidade surgida por quebra de obrigação de resultado é que o tratamento probatório será aquele mesmo dado à responsabilidade contratual: bastará ao paciente provar a existência do contrato e o inadimplemento havido, independentemente de qualquer discussão sobre a culpa do profissional pela quebra do contrato celebrado²⁸.

5.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

5.2.1 Culpa. Noções gerais.

Antes de pretender-se estabelecer a distinção existente entre responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva, faz-se necessário discorrer, ainda que de forma bastante abreviada, sobre o instituto da culpa.

Juridicamente, a par de toda a discussão que se trava em torno da conceituação da culpa, podemos defini-la como conduta humana voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, que produz um dano involuntário, mas minimamente previsível.

Ou ainda, nas palavras de LIMA (1960, apud RODRIGUES, p. 158), “Culpa é um erro de conduta moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias do fato”.

Podemos afirmar que a culpa *lato sensu* abrange tanto o dolo quanto a culpa *stricto sensu*, exteriorizando-se essa última através da imprudência, da negligência e da imperícia.

A diferença entre dolo e culpa *stricto sensu* encontra-se no aspecto volitivo do agente: se está presente a intenção de causação do dano, diz-se que há dolo. Tem-se a vontade de causar o dano e a consciência da ilicitude do ato levado a efeito. Na culpa *stricto sensu*, a

²⁸ O que pode ainda ser objeto de questionamento, ante os termos do art. 14, § 4º do CDC, que estabelece a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.

vontade do agente se destina exclusivamente à ação, sendo o resultado danoso um desvio decorrente da sua falta de cuidado.

Imprudência e negligência são formas de exteriorização da culpa que podem, de certa forma, ser contrapostas, já que a primeira está ligada a uma postura ativa, enquanto a segunda, a uma omissão. Assim, por exemplo, é imprudente o motorista que excede ao limite máximo de velocidade permitido no trânsito de uma determinada região. A falta de cautela o leva a um *facere* – acelerar seu veículo além do limite permitido. E negligente, é por exemplo, o médico que deixando de observar os cuidados mínimos na condução de uma cirurgia, esquece uma compressa cirúrgica na cavidade abdominal do paciente. A falta de cuidado leva a um *non facere* – não verificar a cavidade abdominal e não retirar a compressa cirúrgica.

A imperícia, por seu turno, está sempre ligada ao exercício de uma atividade técnica ou profissional. Ora, se estamos diante de uma atuação técnica ou profissional, maiores devem ser os cuidados do agente. Diz-se então que é imperito o agente que falta com a habilidade técnica exigida para o ato que desenvolve. Assim, é imperito o anestesologista que, acreditando atuar de maneira correta, injeta dosagem exagerada de determinada substância anestésica, que vem a causar o óbito do paciente.

AGUIAR JUNIOR (1995, p. 37) simplifica as definições dessas três espécies da seguinte forma: imprudência é “agir com descuido”; negligência é “deixar de adotar as providências recomendadas” e imperícia é o “descumprimento de regra técnica da profissão”.

Sobre essa última, acrescenta que:

Aníbal Bruno distingue imperícia, elemento da conduta culposa, do erro profissional “que provém das imperfeições da própria arte ou ciência. Na medicina, por exemplo, em certas circunstâncias, é sempre possível um erro de diagnóstico que pode acarretar conseqüências mais ou menos graves. Há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e as regras da sua ciência, chega a uma conclusão falsa...”.

Outro tema pertinente à culpa é a sua graduação.

O extremo dessa graduação seria a culpa grave, que se identificaria com o erro grosseiro, verdadeiramente injustificável para o homem médio que atuasse com um mínimo de atenção, aproximando-se do chamado dolo eventual, próprio do Direito Penal²⁹.

²⁹ No dolo eventual, tanto quanto na culpa grave, há a previsibilidade do resultado. A diferença é que no dolo eventual, o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa grave, não espera que ele vá ocorrer.

A culpa leve é aquela que leva a um resultado que poderia ter sido evitado com a atenção ordinária do homem médio.

Culpa levíssima é aquela que leva a um resultado somente evitável por uma atenção extraordinária exigida do homem médio. Exigiria a atuação do homem diligentíssimo, padrão de cuidado.

PEREIRA (2004) considera essa distinção de inteira inutilidade prática, chegando a afirmá-la abandonada pelo Direito brasileiro.

Por isso é que afirma:

As idéias vieram a clarear quando a doutrina abandonou estes conceitos diferenciais e essas distinções bizantinas, para se ater à figura do ato ilícito puro e simples. Sem indagar se o agente tinha ou não a consciência do resultado e sem cogitar se o seu procedimento se escusaria em função de qualificar-se ou não como homem diligente e probo, mas atentando apenas para o caráter antijurídico da conduta e seu resultado danoso, o nosso direito fundiu as idéias de dolo e culpa, e desta sorte aboliu as distinções sutis, para dissecar o perfil do ato ilícito. (op. cit., p. 658).

De fato, para fins de reparação do dano, nosso Direito não distingue graus de culpa. Mesmo a culpa levíssima obriga a indenizar. Considera-se, para esse efeito, apenas a certeza da culpa e não a sua gravidade.

Apenas em hipóteses excepcionais, nossa legislação exige a gravidade da culpa como requisito da obrigação de indenizar, v. g., no disposto nos artigos 247, 272, I e 278, I, todos do Código Brasileiro de Aeronáutica.

De todo modo, embora se trate de matéria controvertida, alguns autores vêm atribuindo utilidade prática à gradação da culpa para fins de fixação da indenização.

A posição, já abraçada por CAHALI (1982, p. 124) e AGUIAR JUNIOR (1995, p. 38) anteriormente à promulgação do CC/02, parece ter encontrar terreno fértil na redação do seu artigo 944, parágrafo único, que permite a redução equitativa da indenização nos casos de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano causado.

Curiosamente, entretanto, trata-se de dispositivo que não vem merecendo dos tribunais pátrios a aplicação prática que potencializa.

Distinção, esta sim, que já pode ser suplantada, é a das denominadas culpa *in eligendo* e *in vigilando*, tradicionalmente utilizadas no campo da responsabilidade por fato de terceiro, para indicar, respectivamente, a má escolha do preposto e a falta de atenção com a atuação de outrem que estava sob a guarda ou responsabilidade daquele que por seus atos responde.

Com o advento do CC/02, todos aqueles que responderiam a título de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* pelos atos de terceiros, passaram a responder objetivamente por esses atos, nos termos do art. 933 ora em vigor. O que se exige, ainda hoje, é o ato culposo do terceiro por que se responde.

Digna de nota, do mesmo modo, a chamada *culpa contra a legalidade*, ou *falta contra a legalidade*, a que mais nos deteremos quando do exame de questões afetas à responsabilidade do médico anestesiológico.

5.2.2 Responsabilidade subjetiva X responsabilidade objetiva

Responsabilidade subjetiva corresponde à noção clássica que surge quando a conduta culposa de um determinado agente cause dano a outrem. Temos aí a conjugação de dano, nexos de causalidade e conduta culposa.

Foi a responsabilidade positivada na redação do revogado art. 159, do CC/16, que previa a obrigação de indenizar para aquele que “por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem”.

Permanece inserida na nossa lei substantiva civil, que veio a regulá-la nos seus artigos 186, 187 e 927, *caput*.

Diz-se, em poucas palavras, que é a responsabilidade com culpa. A culpa é seu pressuposto principal, devendo a vítima, em regra, prová-la para obter a reparação devida³⁰.

Como já afirmado, as considerações sobre a dificuldade de produção da prova da culpa, pela vítima, foram determinantes para a criação da responsabilidade objetiva.

A culpa mostrou-se insuficiente como fundamento da responsabilidade, por deixar a descoberto um sem número de vítimas que não conseguiam, e nem mesmo poderiam conseguir, prová-la.

Surgiu, então, a teoria da responsabilidade civil objetiva, seguindo o caminho legislativo já traçado no presente trabalho.

³⁰ Em regra, porque há hipóteses de responsabilidade subjetiva em que o ônus da prova se inverte – sem, no entanto, que fujamos do campo da responsabilidade fundada na culpa. Assim nos casos de culpa presumida, em que permanecemos no campo da responsabilidade subjetiva, alterando, tão somente, o ônus da sua prova. Admite-se, ainda aqui, que o suposto agente exclua sua responsabilidade desde que prove não ter agido culposamente.

Em poucas palavras, tem como primordial a relação de causa e efeito entre os danos sofridos e a conduta do agente, sem, no entanto, cogitar da sua culpa. É a chamada responsabilidade sem culpa.

Diante de um dano, a questão que lhe norteia é saber quem deve suportá-lo: o patrimônio da vítima, que restou reduzido, ou o do agente causador do dano?

Considera-se que o autor do dano era a figura que poderia evitá-lo, ou, noutros casos, pode vir a dele auferir algum proveito.

Desloca, então, o fundamento da responsabilidade da culpa para o risco, sustentando que cada um deva suportar os riscos de seus atos, independentemente de ter agido ou não de forma culposa.

Interessante notar que uma vez introduzida no Direito pátrio, tal concepção veio ganhando força. Se com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor já se expandira de forma notável a sua incidência – dadas a velocidade e a intensidade das relações consumeiristas no mundo atual –, há quem defenda que o CC/02 veio a inverter a ordem estabelecida no anterior diploma civil, considerada a cláusula aberta adotada no parágrafo único do seu art. 927. Assim, por exemplo, já se levantam contra uma interpretação restritiva do mencionado dispositivo FICHTNER, na atualização da já referida obra do saudoso mestre PEREIRA (2004) e também GIORDANI (op. cit.), defendendo a sua aplicação aos casos de acidentes de trânsito.

O que se sustenta, a despeito das divergências que possam surgir, é que estaríamos assistindo à responsabilidade objetiva tornar-se, por disposição legal, regra, limitando-se a responsabilidade subjetiva àquelas poucas situações que não se enquadrem nem na legislação especial, nem no referido dispositivo.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESIOLOGISTA

6.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

6.1.1 Anestesista ou anesthesiologista?

Segundo a Sociedade Brasileira de Anestesiologia, a melhor denominação para o especialista da área da anestesia é *anesthesiologista*.

Anesthesiologistas são aqueles especialistas que cuidam da vida durante um procedimento cirúrgico ou um exame diagnóstico ou terapêutico.

São médicos que cumpriram, minimamente, dois anos de especialização em Anestesiologia, para se responsabilizarem por uma série de fatores, que vão desde a avaliação do paciente para a escolha da melhor técnica anestésica, até a recuperação dos efeitos da anestesia.

Dominam “conhecimentos profundos de medicina clínica e cirúrgica, principalmente da fisiologia, da farmacologia e da fisiopatologia” (BAGATINI et al., 2001, p. 21-22).

Temos que:

O papel do anesthesiologista e sua responsabilidade transcendem os limites físicos da sala de cirurgia. Além de ser o intensivista da sala de cirurgia, existe a necessidade de o anestesista conhecer e saber se conduzir em cada procedimento anestésico, bem como no pós-operatório imediato, de acordo com as peculiaridades específicas de cada caso cirúrgico.

[...]

Aliviar a dor, bloquear a consciência, monitorizar o organismo, manter as funções vitais, principalmente a respiração, a estabilidade cardíaca e vascular, prover reposição de líquidos (soroterapia) e de sangue (transusão), manter a temperatura corporal, diagnosticar problemas que podem acontecer durante a realização do procedimento e tratar sempre que necessário, essas são as funções básicas exercidas pelo anesthesiologista antes, no transcorrer e após o ato operatório.

Já a denominação *anestesista* tem um caráter mais genérico e pode ser usada para denominar qualquer não especialista³¹ que aplique uma anestesia.

6.1.2 Deveres do anesthesiologista

O anesthesiologista está submetido a duas classes de deveres: os genéricos, impostos indistintamente a todos os médicos e os específicas de sua especialidade.

Genericamente, pode-se dizer que o anesthesiologista tem o dever principal de prestar seu serviço de forma diligente, atenta e cuidadosa, conforme o atual estágio de evolução da Medicina, as regras consagradas de sua profissão e os recursos que lhe estiverem disponíveis.

Não estamos com aqueles que pregam serem de resultado as obrigações do anesthesiologista.

Doutrina e jurisprudência mais se têm debruçado sobre a responsabilidade do cirurgião plástico, em muitos casos identificando na sua atividade, independentemente do caráter estético ou reparador com que atue, uma fonte geradora de obrigações de meios.

Os fundamentos ali utilizados se adequam perfeitamente à especialidade em exame: o médico lida diretamente com a morfologia humana, deparando-se, muitas vezes, com reações imprevisíveis do organismo.

Existe sempre uma álea, um risco de insucesso e a responsabilidade do anesthesiologista não é do tipo objetivo.

Não deve ele responder pelos simples risco que sua atuação cria ao paciente, nos termos do art. 14, § 4º do CDC.

AGUIAR JR. (op. cit., p.39) registra que:

A orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, se inclina por admitir que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre o mesmo risco e

³¹ V. g. os cirurgiões-dentistas que, nos termos do 4º, § 1º, V, da Consolidação das Normas para Procedimentos nos Conselhos de Odontologia, aprovada pela Resolução CFO nº 63/2005, podem aplicar anestesia local e troncular nos procedimentos de sua competência. Anestesia local: “A injeção do anestésico é feita numa pequena área, em qualquer parte do corpo, com vistas a atingir apenas as terminações nervosas daquele local específico. Torna insensível uma porção do corpo necessária para realizar pequenas cirurgias, como, por exemplo, retirada de uma verruga, sutura de um corte etc” (BAGATINI et al., 2001, p. 27). Anestesia troncular: “Um nervo, isoladamente, ou um conjunto de nervos que forma um tronco nervoso é bloqueado por anestésico local, com o objetivo de conseguir a anestesia de uma região bem específica do corpo, como nervos maxilares e mandibulares. É o caso das anestésias realizadas pelos dentistas” (loc. cit.).

depende da mesma álea. Seria, portanto, como a dos médicos em geral, uma obrigação de meios [...] - Penneau, La Responsabilité..., p. 35. Duas decisões da Corte de Lyon e da Corte de Cassação, de 1981, comentadas por Geoges Durry (Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1982, p. 153), reafirmam que se trata de uma obrigação de meios, porque em toda operação existe uma álea ligada à reação do organismo.

Na jurisprudência, a mesma tese vem recebendo acolhida em diversos Tribunais pátrios. No TJ/RJ, apenas a título de exemplificação, o julgamento das Apelações Cíveis 1329/90, 4878/95, 6680/97 e 970/2000. No TJ/SP, a Apelação Cível 36.043-4/9. E no STJ, o REsp nº 332025–MG e o nº 81101-PR.

Ainda em termos de obrigações genéricas, cabe ao anestesiológista o mais completo dever de informação, não apenas com base no art. 46 do Código de Ética Médica, mas com mais força ainda, no que dispõe o art. 6º, III do CDC. De forma clara, deve informar ao paciente, especialmente, sobre o tipo anestésico a ser utilizado, seus riscos possíveis e esclarecer todas as dúvidas que possam surgir.

Cabem-lhe ainda os deveres de sigilo, de atestar e receitar de forma legível, não abandonar plantão sem a presença de um substituto, abster-se de discriminações, abster-se de participar de procedimentos degradantes ou cruéis, abster-se de alimentar compulsoriamente pessoa em greve de fome, respeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de seu tratamento, salvo em caso de risco iminente de vida e todos aqueles outros deveres trazidos no CEM.

No que diz respeito aos deveres precisos da sua especialidade, surgem para o anestesiológista as seguintes obrigações: avaliar todos os equipamentos necessários para a realização da anestesia antes do início do ato anestésico, monitorar, durante e após a operação, o nível de consciência, pressão arterial, pulso, ritmo cardíaco, respiração, coloração da pele e de mucosas, níveis de oxigênio e gás carbônico no sangue, temperatura, volume urinário, atividade muscular e outras funções vitais do paciente.

Para isso, deve permanecer ao seu lado por todo o tempo da cirurgia. Cabe-lhe cuidar do paciente até que os efeitos do anestésico desapareçam ou não mais causem alterações importantes nas condições fisiológicas do doente.

Quanto ao dever de informar, algumas instruções não podem ser negligenciadas: de acordo com informações da Sociedade Brasileira de Anestesiologia³², o paciente deve ficar em jejum absoluto, sem comer ou beber nada, nem mesmo água, pelo menos 8 horas antes da

³² SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANESTESIOLOGIA. *Dúvidas sobre Anestesia?*. Disponível em: <<http://www.sba.com.br/info/menu/101.asp>>. Acesso em : 10 out 2006.

operação. A goma de mascar também está proibida, por provocar aumento de ar e de sucos gástricos no estômago, podendo causar vômito depois da operação.

É ainda obrigação do anestesiológista informar-se sobre os nomes de todos os remédios regularmente utilizados pelo paciente e daqueles que lhe dão alergia.

É sua responsabilidade cuidar para que sejam removidas da boca do paciente peças dentária móveis, como dentaduras pivôs, pontes, especialmente as de menor tamanho.

6.2 CHOQUE ANAFILÁTICO

Questão que com relativa frequência tem chegado aos nossos Tribunais e que ainda não mereceu uniformização de tratamento é a do chamado *choque anafilático* ou *anafilaxia*.

Sobre o tema, aliás, a doutrina jurídica é bastante escassa, se não inexistente.

Em termos médicos, temos as seguintes informações:

O choque anafilático é uma reação alérgica intensa que ocorre minutos após a exposição a uma substância causadora de alergia, chamada de alérgeno. [...] Após o contato com o alérgeno, seus vasos sanguíneos deixam vaziar líquido para a área circunvizinha. Como resultado, sua pressão arterial pode cair abruptamente. Como diminui o fluxo sanguíneo, menos oxigênio atinge o cérebro e outros órgãos vitais. Como esses órgãos não podem mais funcionar bem, seu corpo entra em estado de choque. Além disso, seu corpo responde ao alérgeno liberando substâncias, como a histamina, que causam o edema (inchaço) e "rash" (vermelhidão) da pele, e um prurido (coceira) intenso.

Algumas complicações do choque anafilático incluem dano cerebral, insuficiência renal e morte.³³

É certo que o *alérgeno* capaz de causar o choque anafilático nem sempre se encontra em substância utilizada em procedimento médico ou anestésico. Muito comuns os choques causados por substâncias encontradas em alimentos, aditivos alimentares, picadas e mordidas de insetos. Em casos mais raros, poeira, outras substâncias presentes no ar, caspa e animais domésticos.

De relevo para o presente estudo, todavia, os choques decorrentes da exposição do paciente a drogas como a penicilina, a dipirona, a benzocaína e a lidocaína, com as quais mais rotineiramente podem se deparar os anestesiológistas.

³³ CHOQUE anafilático. Disponível em <www.alergias.med.br/choque.html>. Acesso em 02 out 2006.

Diante dessas ocorrências, deve o especialista responder pelos danos causados ao paciente?

Busquemos a resposta no que já se estudou acerca da responsabilidade civil e de suas excludentes.

Pudemos definir como *caso fortuito* o fato imprevisível e inevitável, estranho ao suposto causador do dano e que por si só constitui a sua causa efetiva. Vimos ainda que a sua imprevisibilidade e a sua inevitabilidade atribuem-lhe o poder de excluir a responsabilidade do agente, desde que verificadas no caso concreto, avaliando-se o que seria razoável de se exigir diante da hipótese que se apresenta.

Pergunta-se: o choque anafilático é evento passível de previsão pelo anestesiológico?

Em alguns casos sim. Assim, quando o paciente relata histórico familiar ou ocorrência anterior de reação alérgica a determinada medicação e ainda quando a reação se verifica nos chamados *testes de alergia*.

Nessas hipóteses, caso tal informação não tenha sido omitida do especialista, a sua não observância importará em negligência grave, afastando a alegação de caso fortuito exatamente por afastar-se o argumento da sua imprevisibilidade.

Entretanto, o choque pode decorrer mesmo do contato com substância a que o paciente nunca apresentou reação aparente ou ainda com uma daquelas à qual não tenha reagido no referido teste de alergia.

É o que se depreende dos ensinamentos de BAGATINI *et al.* (2001, p. 82):

Há testes de segurança? Testes que mostram se um paciente pode ou não ser submetido a uma anestesia com segurança ou ter uma reação alérgica a algum fármaco? São o sonho de anesthesiologistas, alergistas e pacientes. Infelizmente, esse sonho dificilmente se tornará realidade, pois a quantidade de produtos químicos disponíveis é tão grande, que seria necessário realizar, antes de cada anestesia, vários milhares de testes, o que é inexecutável. Não existe teste de triagem que possa determinar se um indivíduo pode ou não ser submetido a uma anestesia.

Em pacientes atípicos ou naqueles que têm história de ter desenvolvido um choque anafilático, na tentativa de identificar a quais substâncias esses indivíduos são alérgicos, alguns testes são utilizados. [...]

Os testes devem ser avaliados por pessoas experientes e apresentam grau de confiabilidade que não alcança os 100%. [...]

Um resultado negativo não afasta completamente a possibilidade de desenvolver uma reação alérgica mais tarde, quando da reexposição ao antígeno.

Previsível o choque nesses casos? Não, absolutamente.

Conclui-se, então, que afastada estará a responsabilidade do anestesiológico sempre que a reação ao alérgeno não puder ser prevista no caso concreto, por configurar-se o caso fortuito como excludente da responsabilidade.

Por outro lado, se a previsibilidade se mostrar no caso concreto – pelos registros de ocorrências anteriores, por exemplo –, o nexo de causalidade não estará desfeito e a culpa restará configurada pela negligência diante de informação vital ao paciente.

Este o entendimento adotado pelo TJ/RJ no julgamento da Apelação Cível 29069/02, em que se reconheceu, com base na prova pericial colhida, a imprevisibilidade do choque havido:

O nexo de causalidade foi afastado por fato absolutamente imprevisível, caracterizando a fortuidade, qual seja, a reação do organismo da paciente à medicação normalmente ministrada em cirurgia de característica notavelmente invasiva. [...] Circunstâncias inerentes às próprias condições do organismo da paciente teriam provocado o resultado letal.

No mesmo sentido (*fatalidade*), a Apelação Cível 12799/04, julgada em 17.08.04, pela E. Quarta Câmara Cível do TJ/RJ.

No que diz respeito à negligência acerca das informações prévias do paciente, no julgamento da Apelação Cível 23455/01 pelo TJ/RJ lê-se voto vencido da lavra do Des. Sydney Hartung, entendendo presente a responsabilidade do anestesiológico pelo choque anafilático no caso de paciente que sabia ser alérgica a determinada substância, não foi perguntada sobre ter ou não ter alergias, e, no entendimento do referido votante, foi medicada exatamente com essa substância³⁴, vindo a falecer em decorrência de choque anafilático.

³⁴ A divergência decorreu especificamente da discordância sobre qual medicamento que teria sido ingerido pela falecida: *Buscopan Simples* ou *Buscopan Composto*, sendo certo que o primeiro não contém dipirona – o alérgeno em questão – e o segundo contém.

6.3 EQUIPE CIRÚRGICA: AUTONOMIA OU SOLIDARIEDADE?

A Anestesiologia caminha ao lado da Cirurgia, em suas diversas especialidades. Não raras vezes, vêm-se lado a lado no pólo passivo das chamadas “ações de erro médico” o cirurgião e o anestesiológico.

Doutrina e jurisprudência divergem sobre a existência de uma eventual relação de solidariedade ou autonomia entre a responsabilidade desse especialista e a do cirurgião envolvido, trazendo insegurança jurídica, com indesejados resultados práticos conflitantes.

É certo que uma das mais comuns respostas que hoje nos oferecem os estudiosos está intimamente ligada à evolução da prática médica e, notadamente, da Anestesiologia como especialidade médica.

Então, debrucemos-nos, brevemente, sobre a evolução histórica da Medicina e da Anestesiologia no Brasil, para entendermos o raciocínio que nos tem sido apresentado como satisfatório ao questionamento em estudo.

FRADERA (1992, p. 135) ensina que:

Em épocas mais recuadas, o cirurgião realizava as intervenções de forma ‘artesanal’, não existindo anestesia, o doente era imobilizado durante o ato cirúrgico, à força, por circunstâncias³⁵.

A aparição de equipes médicas, tais como as entendemos hoje em dia, é relativamente recente, devendo-se isto [...] ao progresso da ciência e da técnica médicas.

Segundo SCLIAR (2005), no Brasil, as mais remotas referências da Medicina repousam nos pajés e curandeiros, que no tratamento de suas tribos se utilizavam de produtos naturais e rituais de magia.

No processo de conversão dos nativos, a Medicina Jesuítica apareceu, no final do século XVI, ao lado dos *físicos*, representantes da Medicina oficial formados em universidades européias.

³⁵ Nota do original: “Antecessor do cirurgião foi o barbeiro, por sua familiaridade com instrumentos próprios à realização de incisões.”

Somente após a vinda da família real portuguesa, já em 1832, criaram-se as primeiras faculdades de Medicina brasileiras, no Rio de Janeiro e em Salvador.

Até então, a assistência hospitalar se reservava às Santas Casas de Misericórdia, que mais se preocupavam em abrigar e proporcionar assistência religiosa os doentes, do que propriamente em tratá-los.

No século XVIII, JESUS (2005), MARQUES (2005) e MOTT (2002) nos ajudam a distinguir a presença das seguintes figuras, ligadas à saúde e a compreender o caráter rudimentar com que a Medicina era exercida:

O médico: branco e livre, freqüentara a Universidade de Coimbra por quatro anos. Retornado ao Brasil, estava autorizado a exercer a Medicina. Por aqui fiscalizava a arte médica e prescrevia medicamentos internos. Não praticava a sangria, que era considerada menos nobre por se tratar de trabalho manual e sangrento.

Barbeiros ou sangradores: negros forros ou escravos, não haviam passado por uma universidade. Aplicavam ventosas, sangravam, arrancavam dentes, cortavam cabelos e faziam barbas. Seriam sucedidos pelos cirurgiões.

Enfermeiros: igualmente negros forros ou escravos, não precisavam ter noções de Medicina. Limitavam-se a cumprir as ordens dos médicos e cirurgiões.

Parteiras: mulheres que cuidavam do corpo feminino. A partir do século XIX, passou-se a exigir diploma específico obtido numa das duas faculdades então existentes, para o que se exigia alfabetização e domínio da língua francesa. Tais exigências acabaram por jogar na clandestinidade a maioria daquelas que já exerciam o ofício e assim permaneceram.

Boticários: na sua maioria, cristãos-novos fugidos da Inquisição ou deportados pelos Tribunais do Santo Ofício. Eram os farmacêuticos da época, que importavam quase toda a sua matéria prima de Portugal. Atendiam, prescreviam e faziam curativos. Vendiam plantas medicinais, pós e elixires e faziam receitas caseiras conhecidas por *mezinhas*. Trabalhavam com as mãos, o que atribuía à sua atividade o caráter de pouco nobre na visão da metrópole.

Entre os tratamentos utilizados, destacava-se a sangria: com o auxílio de uma lanceta, navalha ou casco de animal, fazia-se escarificações por várias partes do corpo do paciente. Considerava-se que ao expulsar o sangue a saúde se restabeleceria, pelo

esvaziamento das veias e desentupimento do corpo. Recolhia-se o sangue nas *bacias de sangria* e, após, enfaixavam-se os cortes. Noutros casos, quando o sangue surgia, aplicavam-se ventosas às feridas para retirar-lhes o ar, ou ainda sanguessugas, vermes de água doce levados pelos barbeiros em recipientes cheios d'água.

Também por considerar que a excreção purificava o corpo, muito se utilizavam a purga e o clister, uma espécie de lavagem intestinal feita com grandes seringas de porcelana, madrepérola ou prata. E para o tratamento da *corrução*, uma espécie de diarreia grave, utilizava-se com frequência o *sacatrapo*: preparava-se uma mistura de aguardente, fumo, pimenta e pólvora, onde se mergulhava um pedaço pontiagudo de madeira revestido num pano que, após, era introduzido no ânus do doente.

Ainda FRADERA (op. cit.) sustenta que, por longo tempo, doutrina e jurisprudência entenderam que o cirurgião era o único responsável pelos danos que pudessem decorrer do ato cirúrgico.

Isso porque o cirurgião era, desde as origens da prática cirúrgica no Brasil até um tempo muito mais recente, “*a figura dominante dentro da equipe, a ponto de obscurecer todos os demais*” e, ainda, por que a Medicina não havia atingido o grau de evolução e especialização que hoje se verifica, “*de tal modo que era possível ao cirurgião manter o controle e coordenar todas as ações dos membros de sua equipe, durante a realização de uma operação, inclusive o anestesista*” (Ibid., p. 136).

Originariamente, então, considerava-se que o médico-chefe, por estar no comando da equipe cirúrgica, era o responsável por qualquer intercorrência que pudesse acometer o paciente. O anesthesiologista era visto como um seu auxiliar, que executava atos sob as suas ordens, para o bom desempenho da intervenção.

Tal entendimento predominou até uma época bem recente.

Aplicava-se ao caso o disposto no art. 1521, III, do CC/16, por reconhecer-se o vínculo de preposição ali previsto. Fundava-se, então, a responsabilidade do cirurgião na culpa *in eligendo*, pela infeliz escolha do anesthesiologista que deu causa ao dano.³⁶

Neste sentido, apenas a título de exemplo, os seguintes julgamentos:

³⁶ Com o CC/02, entretanto, como visto, a responsabilidade pelo fato de terceiro prevista para a hipótese passou a ser objetiva (art. 932, III, c/c art. 933), exigindo-se apenas a culpa do terceiro por cujo ato se responsabiliza.

RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO - ERRO MÉDICO - DANOS CAUSADOS POR APLICAÇÃO DE ANESTESIA - DIREITO DE REGRESSO - IMPOSSIBILIDADE - INDENIZAÇÃO - ART. 1521, INC. III

Responsabilidade Civil. Erro médico. *Responsabilidade do cirurgião por ato culposo do anesthesiologista. Configuração. Vínculo da preposição. Código Civil. Artigo 1.521, III.* Aplicação. Demonstrado que a causa dos danos tem como fonte direta e imediata ação ou omissão do anesthesiologista, no ato cirúrgico, presume-se, até prova em contrário, negligência, imprudência ou imperícia do profissional, pois se tivesse empregado, na execução da tarefa que lhe foi cometida, o cuidado, a atenção e a técnica exigíveis nas circunstâncias, o resultado de dano certamente não teria ocorrido. *Pelos atos culposos do anesthesiologista, responde, com ele, o cirurgião, que o escolheu, o contratou para fazer parte da sua equipe e o dirigiu no interior da sala de operações...* (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Cível n° 8071/97*) – grifos nossos.

CIVIL – Ação de indenização – Erro médico – *Responsabilidade solidária do cirurgião (culpa in eligendo) e do anestesista reconhecida pelo acórdão recorrido* – Matéria de prova – Súmula n.º 7/STJ.

O médico chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção. Da avaliação fática resultou comprovada a responsabilidade solidária do cirurgião (quanto ao aspecto *in eligendo*) e do anestesista pelo dano causado. Insuscetível de revisão esta matéria a teor do enunciado na Súmula n.º 7/STJ. Recurso não conhecido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n° 53.104-7-RJ*) – grifos nossos.

A evolução da Anestesiologia, como especialidade médica reconhecida e difundida, teve papel fundamental na transformação desse entendimento, merecendo, pois, as breves notas que se seguem.

Os primeiros estudos envolvendo o tema da anestesia remontam a Humphry Davy, inglês, que no século XVIII, desprezando as opiniões em contrário, resolveu inalar o *protóxido de azoto*, descoberto em 1772 por seu conterrâneo Joseph Priestley.

Percebeu que as inalações eliminavam as dores de dente que vinham lhe incomodando.

Em 1798 publicou um livro em que recomendava o emprego do gás contra as dores cirúrgicas.

Outros precursores da moderna Anestesiologia seguiram seus passos, pesquisando e utilizando diferentes substâncias na eliminação da dor.

O alemão Sertuerner, em 1805, isolou a morfina do ópio. Michael Faraday, em 1818 descreveu os efeitos do éter, comparando-o ao gás hilariante. Henry Hill Hickmann, em 1824 defendeu a utilização do gás carbônico e do próprio gás hilariante.

Com o auxílio do éter, em 30 de setembro de 1846, William Thomas Green Morton, dentista da cidade de Boston, extraiu um dente sem causar dor ao paciente, no que é considerado um marco da cirurgia odontológica.

Registrou sua invenção e procurou o Hospital Geral de Massachusetts, sob a direção do Dr. John Collins Warren, a fim de utilizá-la em grandes cirurgias. Após algum descrédito, teve sua oportunidade em 16 de outubro de 1846. Aplicou num paciente que se submetia à extração de um tumor no maxilar direito a substância que chamou de *Leteon*³⁷, permitindo que a cirurgia se conduzisse de forma indolor. Ao final, o Dr. Warren dirigiu-se ao público presente, saudando uma nova era da Medicina com a expressão: “Senhores, isto não é uma farsa.” Era o nascimento de uma ciência.

No Brasil, Francisco Manuel da Conceição, em 1848, apresentou no Rio de Janeiro a tese *Dos anestésicos em geral e do ether e do clorofórmio, em particular*.

Em 5 de setembro de 1866, fez-se em Salvador, com resultado satisfatório, o primeiro ensaio de anestesia local, utilizando-se o éter na extração da última falange de um polegar.

Em 26 de agosto de 1866, M.M. Pires Caldas tentou a extração de um cálculo vesical volumoso, auxiliando-o como anestesta o Dr. Otto Wucherer, que utilizou o clorofórmio.

Durante a Guerra de Canudos (1896-1897), Salvador serviu de palco para inúmeras cirurgias realizadas nos feridos também com o auxílio do clorofórmio.

Gustavo dos Santos, vindo da Europa em 1885, trouxe consigo pequena quantidade de cocaína, utilizada em cirurgia oftalmológica que foi a primeira a ser realizada no Brasil com anestesia por esta droga, também na cidade de Salvador.

Em São Paulo, o primeiro registro do uso de anestesia data de 1927, na Santa Casa de Misericórdia. Naquele estado, em 1943, organizou-se o Serviço de Anestesia do Hospital das Clínicas e registrou-se o ensino da Anestesia nos cursos de graduação da Escola Paulista de Medicina.

³⁷ Leteon era o nome de um rio grego cujas águas, acreditava-se, podia fazer esquecer a dor. Utilizou-se, na verdade, do protóxido de azoto. Acresceu outras drogas perfumadas e corantes para disfarçar-lhe o cheiro, mantendo um suspense que ajudou a dar maior notoriedade ao seu feito. Obrigado a revelar a fórmula utilizada e vendo-se questionado por outros médicos que pretendiam para si o mérito da descoberta, terminou seus dias na miséria, vindo a falecer em 1868. A ciência que criara passou a chamar-se “anestesia”, palavra grega que significa “ausência de sensações”.

Somente em meados do século XX foi que a Anestesiologia passou a ser reconhecida como especialidade médica no Brasil.

Em 25 de fevereiro de 1948 fundou-se a Sociedade Brasileira de Anestesiologia, com sede na cidade do Rio de Janeiro e fins educacionais, de pesquisa, político-associativos, organizada para elaborar, difundir, e aprimorar os padrões da especialidade.

Em 13 de Junho de 1950, fundou-se a sua regional gaúcha, sob o nome de Sociedade de Anestesiologia do Rio Grande do Sul (SARGS).

Em 1953, surgiu a primeira cadeira de Anestesia como disciplina acadêmica no país, mais uma vez, na Escola Paulista de Medicina. Também em 28 de fevereiro daquele ano, fundou-se a Sociedade de Anestesia da Bahia (SAB), cuja denominação, posteriormente, passaria a Sociedade de Anestesiologia do Estado da Bahia (SAEB).

Em 24 de dezembro de 1975, foi a vez de criar-se a Sociedade de Anestesiologia do Estado do Rio de Janeiro (SAERJ), pela fusão da Sociedade de Anestesiologia do Estado da Guanabara com a Sociedade Fluminense de Anestesiologia.

Com a difusão da especialidade, veio o gradativo reconhecimento social, até evoluirmos para o quadro atual de perfeita individualização dos atos e das atribuições do anestesiológico.

O fato social veio gradativamente transformando o Direito.

Podemos dizer que a jurisprudência evoluiu, à medida que a própria Medicina foi se compartimentando e a Anestesiologia, sem qualquer dúvida, se tornou especialidade diversa dos demais ramos médicos, exigindo formação acadêmica e profissional própria.

Hoje em dia, com base nessa perfeita individualização de atribuições, tem predominado o entendimento de que, embora a equipe médica atue em conjunto, não há só por isso responsabilidade solidária entre todos os seus componentes.

Já se tem entendido que o anestesiológico atua como profissional autônomo, cabendo-lhe os deveres próprios da sua especialidade, que não se confundem com os de nenhum outro médico. Assim, cada um responde pelos seus atos. A responsabilidade será daquele membro da equipe que deu causa ao dano reclamado. Não responderia, então, pelos danos anestésicos, o cirurgião chefe da equipe. Ao invés de solidariedade, a palavra de ordem seria autonomia.

A título de ilustração, FRADERA (op. cit., p. 137) registra antigo posicionamento da jurisprudência francesa, que traduz perfeitamente o moderno entendimento dos tribunais pátrios:

Outras decisões consideram o anestesista responsável, antes, durante e após o ato cirúrgico, com fundamento no fato de esta especialidade médica proporcionar ao cirurgião a liberação do encargo de controlar o adormecimento do paciente, as suas condições durante o ato cirúrgico, o seu despertar etc.³⁸

Nos nossos tribunais, apenas a título de ilustração:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. SERVIÇOS DE ANESTESISTA. AUTONOMIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO
Apelação Cível. Ordinária. Responsabilidade Civil. Erro médico. *O médico não pode ser responsabilizado por ato que não praticou e que decorreu de especialidade que escapa ao seu controle. O anestesista, médico especialista, possui autonomia em relação ao médico, a quem não pode ser imputada responsabilidade por ato lesivo daquele técnico...* (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Cível n° 9650/02*) – grifos nossos.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ANESTESISTA. INDENIZAÇÃO. CULPA. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E SOLIDARIEDADE. No exame da responsabilidade civil médica a abordagem deve ser feita sob um duplo enfoque: a equipe cirúrgica e o dano anestésico. *As diversas especialidades que delineiam a atividade médica atual, têm possibilitado a correta divisão de tarefas e, por conseguinte, a definição da responsabilidade civil de cada um dos membros que compõem a equipe médica. Através da distribuição de obrigações é possível atribuir-se a cada médico uma determinada tarefa, possibilitando, assim, a verificação do dano e da correspondente responsabilidade. Identificado, pois, o erro ou a falha do serviço, é possível imputar-se a responsabilidade a quem, efetiva e diretamente, deu causa ao resultado, excluindo-se os demais participantes da empreitada cirúrgica...* (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Cível n° 9290/05*) – grifos nossos.

³⁸ Nota do original: “Os termos do acerto foram os que seguem: ‘Um cirurgião que recorre a um médico anestesista reanimador, especialista altamente qualificado, desloca para seu colega o cuidado de assegurar o adormecimento do paciente em condições que permitam o ato operatório, de vigiar o estado respiratório e cardio-vascular do operado durante o ato médico, e assegurar seu despertar; que suas funções, embora tendo o mesmo objetivo, não estão subordinadas uma a outra, no estado atual da evolução da técnica médica’ *Cour d’Aix*, 26.11.69, *in La Presse Médicale du 17 janvier 1970*, p. 134, cit. *Por Vilar*, art. ref., n. 51”.

Em sede doutrinária, o mestre KFOURI NETO (2002, p. 158-159) abraça tal entendimento:

O anestesista possui autonomia científica em relação ao cirurgião. A cada dia, a anestesia adquire maior importância. O paciente, muitas vezes, permanece mais tempo sob os cuidados do anesthesiologista que sob o controle do próprio cirurgião-chefe. A responsabilidade do cirurgião é independente. Afirmar o contrário seria negar o princípio da especialização médica. A equiparação do médico-chefe ao diretor de orquestra ou ao “capitão de barco” não afasta as peculiaridades de cada caso concreto. A regra é clara: trata-se de profissionais com autonomia científica e técnica, com responsabilidades independentes. [...] A conclusão é inexorável: a reparação dos danos causados por cirurgões e anestesistas há de ser definida no âmbito das respectivas especialidades, mediante aferição da imperícia, imprudência ou negligência de um e de outro.

Segue afirmando que apenas excepcionalmente o cirurgião responderá solidariamente com o anesthesiologista, naquelas hipóteses em que dele se puder exigir atenta fiscalização dos atos de “seu auxiliar”.

Entretanto, diante da moderna normatização das atividades do anesthesiologista, como adiante descreveremos, pouco provável poder-se exigir do cirurgião, em caso concreto, a vigilância e fiscalização do seu atuar.

Por fim, o mestre prevê a seguinte possibilidade:

O cirurgião (obstetra, oftalmologista, endoscopista) pode ser excepcionalmente responsável pela culpa do anestesista na seguinte hipótese: o paciente recorre ao cirurgião, para determinada cirurgia. A indicação do anestesista é feita pelo próprio cirurgião – que esclarece ao paciente ser o anesthesiologista indicado integrante de sua equipe, o único em que ele, cirurgião, deposita confiança. (Ibid. p. 159).

Ocorre que, salvo melhor juízo, a situação acima prevista como hipótese excepcional, na prática é regra.

É a própria Sociedade Brasileira de Anestesiologia quem nos afirma:

Quem escolhe o Anesthesiologista?

Você tem o direito de escolher o seu anesthesiologista. Normalmente, porém, os hospitais possuem Serviços de Anestesia com os quais o seu cirurgião já está acostumado a trabalhar. Afinal, operação é trabalho de equipe, e ele gosta da equipe completa.³⁹

³⁹ SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANESTESIOLOGIA. *Dúvidas sobre Anestesia?*. Disponível em <<http://www.sba.com.br/info/menu/101.asp>>. Acesso em 06 set 2006.

O que se vê na prática da atividade cirúrgica é a imposição de determinado anestesiológico pelo cirurgião chefe da equipe. É aquele o profissional em quem o cirurgião confia, com o qual já opera há longo tempo e, por isso, não se abre ao paciente a possibilidade de escolha de um outro especialista.

Essa aproximação com o universo prático da Anestesiologia faz-se necessária, a fim de permitir-nos uma reavaliação dos fundamentos que baseiam o moderno posicionamento difundido, estabelecendo para a questão o necessário enfoque consumerista que ainda não se fez claro sobre o tema.

Trata-se de uma realidade sobre a qual nossos doutrinadores ainda não parecem ter se debruçado, mas que já foi identificada pela jurisprudência pátria. Tanto assim, que a relevante questão da contratação do anestesiológico como imposição do cirurgião chefe de equipe já vem sendo registrada em alguns acórdãos.

É o que se verifica pelo seguinte extrato:

... A médica anestesista é integrante da equipe. Importante frisar-se que a mesma foi escolhida pelo recorrente [o cirurgião chefe da equipe] e não contratada pela paciente. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. A.I. n° 5856/02).

Todavia, nenhuma consideração se faz sobre a forma como deveria incidir o CDC nesses casos examinados. Carecemos ainda de um enfoque consumerista sobre a questão.

Nada se lê sobre a aplicabilidade do CDC às relações paciente-cirurgião-anestesiológico e seus possíveis efeitos em termos de definição de solidariedade ou autonomia entre os dois últimos.

Não se pode negar que hoje, dentro do sistema de normas que nos regula, com algumas poucas ressalvas⁴⁰, a relação médico-paciente se submete aos ditames do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Se é o cirurgião quem elege o anestesiológico – que muitas vezes o paciente só vem a conhecer no imediato pré-operatório –, ele deve responder solidariamente pelo erro do profissional escolhido. E o fundamento dessa solidariedade deve ser buscado na lei consumerista, que hoje é, em regra, o regulamento aplicável a tais casos.

A solução parece estar no conceito de *cadeia de fornecimento do serviço*, sobre a qual leciona MARQUES (2002, p. 335):

⁴⁰ A exceção fica por conta das hipóteses previstas no presente trabalho como sendo de responsabilidade extracontratual do médico.

O art. 3º do CDC bem especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores a todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos [...] e da cadeia de fornecimento de serviços (o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto, mencionados genericamente como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de ... prestação de serviços”) não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor.

O reflexo mais importante, *o resultado mais destacável desta visualização da cadeia de fornecimento, do aparecimento plural dos sujeitos-fornecedores, é a solidariedade dentre os participantes da cadeia mencionada nos artigos 18 e 20 do CDC e indiciada na expressão genérica “fornecedor de serviços” do art. 14, caput, do CDC...* (grifos nossos).

Não nos parece que se deva reservar o conceito de cadeia de fornecimento de serviços exclusivamente para pessoas jurídicas. Se, de todo, é mais fácil visualizarmos pessoas físicas inseridas na cadeia de fornecimento de produtos (produtor, comerciante, revendedor e outros), nada impede que as identifiquemos também nas cadeias de fornecimento de serviços, onde tradicionalmente se situam pessoas jurídicas (v.g. agência de viagens, hotel, operadora, empresa de turismo receptivo etc).

Assim, na medida em o cirurgião imponha ao paciente a atuação de um determinado anestesiológico como condição *sine qua non* para a realização do seu serviço contratado (a cirurgia propriamente dita), poderemos identificá-lo, senão como verdadeiro agenciador do serviço do anestesiológico (eis que essa exigência tem em regra outras motivações que não a retribuição pecuniária entre os profissionais, como exige o art. 710 do CC/02 para caracterizar o contrato de agência), no mínimo como um intermediário do serviço a ser prestado por aquele especialista.

E como tal, estaria inserido na cadeia de fornecimento da prestação do serviço anestésico.

Note-se que não se fala na formação de uma cadeia de serviços pela simples aglutinação de diversos serviços prestados autonomamente ao paciente e unidos por uma mesma finalidade principal (a cirurgia propriamente dita, a anestesia, a enfermagem, a instrumentação cirúrgica e tudo o mais que se fizer existir).

O que define a formação da cadeia é exatamente a atuação do cirurgião chefe da equipe, ao impor a atuação acessória de um determinado anestesiológico como condição de seu trabalho.

O primeiro contato paciente-anestesiológico, não raro, é feito apenas alguns momentos antes da cirurgia, na consulta preparatória. Tal como em muitos casos o paciente chega ao cirurgião por indicação de seu plano de saúde, chegará também ao anestesiológico por indicação do cirurgião.

A solidariedade, nesses casos, se impõe como verdadeiro corolário da proteção consumista que a relação médico-paciente deve ver assegurada, até que se altere a legislação atualmente em vigor.

E como essas hipóteses constituem verdadeira regra, conforme afirmativa da própria SBA acima transcrita, ousamos dizer que a regra nas relações entre cirurgiões chefes de equipe e anestesiológicos deve ser a solidariedade.

As ressalvas admitidas ficam por conta do atendimento prestado por anestesiológico de plantão ou por aquele excepcionalmente contratado pelo paciente, de forma direta. Aqui a situação é diversa, porque o paciente não lhe chega por determinação do cirurgião. No primeiro caso, a interposta pessoa entre o especialista e o paciente é o próprio hospital, que determina a escala dos plantões. E no segundo, a escolha é livre do paciente. Em qualquer caso, não se pode considerar o cirurgião chefe de equipe responsável pelos danos exclusivamente anestésicos, porque ele simplesmente não integra a cadeia de fornecimento do serviço daquele profissional.

Também os médicos que trabalham no Sistema Único de Saúde, nesta condição não se submetem aos ditames do CDC. Não se trata de profissionais liberais, mas de funcionários públicos. Via de regra participa dos procedimentos conforme a escala de plantão montada pela instituição. Não tem responsabilidade objetiva, porque esta se reserva à pessoa jurídica de Direito Público a que está vinculado. Responde, então, subjetivamente, nos termos do CC/02 e sem que sobre ele pesem disposições consumistas, como a inversão do ônus da prova.

6.4 CULPA CONTRA A LEGALIDADE E NORMATIZAÇÃO DA ANESTESIOLOGIA

Outra questão relevante, não só para os anesthesiologistas, mas para toda a classe médica, é a da chamada *culpa contra a legalidade*.

Trata-se de teoria surgida para abrandar os rigores da imposição da prova da culpa ao lesado, para quem a mesma muitas vezes se mostra impossível.

Implica na presunção relativa de culpa do agente, sempre que restar comprovado o nexo de causalidade entre o dano e o descumprimento de uma norma legal, técnica ou administrativa acerca do desenvolvimento de uma atividade regulamentada, inclusive o exercício profissional.

Diz-se que nestes casos, a culpa se verifica *in re ipsa*, ou seja, na própria coisa, na própria violação da norma.

Vem recebendo crescente acolhida, em especial nos julgamentos do TJ/RJ, para os casos de delitos do trânsito, acidentes de trabalho e no âmbito da defesa do consumidor, notadamente na questão da negativação não informada dos nomes de supostos devedores nos cadastros de restrição do crédito.

Todavia, encontra campo fértil para sua plena aplicação na responsabilidade médica, para cuja solução ainda não tem sido utilizada.

Notáveis sobre o tema, os ensinamentos do Desembargador ABREU E SILVA (2005), que ressalta ter a CR/88 imposto como dever jurídico fundamental o respeito à vida e incolumidade corporal e patrimonial, proibindo ações danosas e injustas a bens de pessoas inocentes.

CAVALIERI FILHO (op. cit., p. 61) explica que podemos falar de *culpa contra a legalidade*...

... quando o dever violado resulta de texto expresso de lei ou regulamento, como ocorre, por exemplo, com o dever de obediência aos regulamentos de trânsito de veículos motorizados, ou com o *dever de obediência a certas regras técnicas no desempenho de profissões* ou atividades regulamentadas. A mera infração da norma regulamentar é fator determinante da responsabilidade civil; cria em desfavor do agente uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus de prova em contrário.

Exatamente por lidar com *o dever de obediência a certas regras técnicas no desempenho de profissões* é que a teoria merece atenção da classe médica e, até onde interessa ao presente estudo, especialmente dos anesthesiologistas.

Onde então estariam inseridas as normas técnicas do exercício da Anestesiologia? Podem ser considerados, para efeito de aplicação da teoria da *culpa contra a legalidade* os dispositivos trazidos pelo Código de Ética Médica?

Sobre o referido Código, aprovado pela Resolução nº 1246/88 do Conselho Federal de Medicina, dignas de notas as considerações de ROCHA (2004, p. 50 et seq):

O Código de Ética Médica [...] representa o conjunto de deveres e normas éticas, que servem de fonte de inspiração e norteiam a conduta profissional do médico, uma vez que nesse Código encontra-se a perfeita caracterização da profissão médica e a formulação completa dos deveres que o médico precisa observar em sua atividade profissional. [...] Contudo, o que realmente interessa é evidenciar qual o valor jurídico que têm essas normas, e, ademais, quem são seus destinatários.[...] As normas incluídas no Código Deontológico estão revestidas de um significado ético-moral. Sendo assim, os deveres são de ordem moral, portanto, essas normas não poderão ser exigíveis de forma coativa como as propriamente jurídicas.

A autora segue, no entanto, afirmando um evidente valor jurídico das normas ali contidas. Ultrapassando a sanção disciplinaria estabelecida conforme os valores éticos-morais nelas trazidos, aquelas regras devem ser utilizadas na interpretação dos contratos médicos, à luz da boa-fé objetiva, por constituírem “a representação mais completa e genuína dos usos profissionais dos médicos”.

Por isso é que conclui:

Consideramos que ANCONA LOPEZ tem toda razão, quando afirma que os elementos que deverão conduzir o juiz na avaliação da culpa médica serão extraídos do Código de Ética Médica, “pois é neste diploma legal que estão delineados os princípios de conduta desse profissional”.

A realçar a força das disposições contidas no Código de Ética Médica, em artigo elaborado à luz do anterior diploma publicado em 1965, REALE JUNIOR (1977, p. 50) trouxe considerações atemporais e, por isso mesmo, aplicáveis àquele atualmente em vigor:

... quando o legislador pátrio cometeu ao Conselho Federal de Medicina a incumbência de elaborar o Código de Deontologia Médica, não o fez para a proclamação de mera “Carta de princípios”; o que deflui da lei é a emanção de um corpo de normas que possa conciliar a “dignidade pessoal” do médico e as exigências do bem comum.

De outra forma, não teria o Governo da República conferido ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais, em seu conjunto, a dignidade de Autarquia, isto é, um serviço público federal autônomo dotado de personalidade jurídica própria, com funções e poderes que expressamente lhe foram delegados.

Logo, pode-se dizer que o CEM elenca regras técnicas que devem ser consideradas quando da apuração de danos causados no desempenho da profissão médica.

Mais que isso, devem ser levadas em consideração as regras contidas nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina e dos Conselhos Regionais de Medicina acerca do desempenho das diversas especialidades médicas, primordialmente técnicas.

No campo da Anestesiologia, a pedra de toque deve ser a Resolução nº 1.363/93 do CFM (vide o anexo trazido no presente trabalho), que estabelece as condições mínimas de segurança para a prática de anestesia e impõe determinações aos médicos que a praticarem.

Entre os principais deveres criados para o anestesiológico, encontram-se o de conhecer previamente as condições clínicas do paciente a ser anestesiado, decidindo de modo soberano e intransferível sobre a conveniência da anestesia; abster-se de anestésias se o ambiente hospitalar não lhe oferecer as condições de segurança mínima para o ato; manter-se em vigilância permanente ao lado do paciente durante o ato anestésico; verificar e registrar em ficha própria os sinais vitais, a ventilação, a oxigenação e a circulação do paciente durante o ato anestésico; abster-se de realizar anestésias simultâneas em pacientes distintos, ainda que no mesmo ambiente cirúrgico.

Entre as condições de segurança mínimas exigidas para o ato anestésico, encontram-se os equipamentos, gases e drogas que permitam a realização de qualquer anestesia com segurança, desfibrilador, sistema ventilatório e medicações essenciais para utilização imediata, caso haja necessidade de procedimento de manobras de recuperação cardiorespiratória.

Outras normatizações mais específicas se encontram em Resoluções esparsas do CFM, que acabam por remeter à já referida Resolução CFM nº 1.363/93, como a de nº 1.536/98, que exige as condições hospitalares mínimas de segurança naquela previstas para a aplicação de anestesia geral em pacientes a serem submetidos a cirurgia por cirurgião-dentista (art. 3º) e a de nº 1.640/2002, que também impõe para a realização de eletroconvulsoterapia sob procedimento anestésico aquelas mesmas exigências mínimas (art. 6º).

No âmbito dos Conselhos Regionais de Medicina, por todas, citamos a Resolução nº 180/2001, do CREMERJ, que igualmente exige as condições de segurança mínimas

estabelecidas na dita Resolução n° 1.363/93 para a prática de anestésias em cirurgias com internação de curta permanência⁴¹ no Estado do Rio de Janeiro.

Todas essas, normatizações da profissão ou da especialidade que devem ser observadas pelo Anestesiologista, sob pena de configurar-se a culpa contra a legalidade pelo seu simples descumprimento, quando ele vier a causar danos a um determinado paciente.

Configurada a culpa contra a legalidade, cabe ao profissional a difícil comprovação de não ter agido com culpa ou ainda a comprovação de qualquer das excludentes do dever de indenizar possíveis.

⁴¹ A própria Resolução CREMERJ 180/2001 conceitua “cirurgias com internação de curta permanência” como sendo todos os procedimentos clínico-cirúrgicos (com exceção daqueles que acompanham os partos) que, pelo seu porte e por não terem necessidade de cuidados especiais no pós-operatório, dispensam o pernoite do paciente, com tempo de permanência no estabelecimento não superior a 24 horas. E prevê como suas possibilidades anestésicas a anestesia loco-regional, com ou sem sedação, e anestesia geral com drogas anestésicas de eliminação rápida.

7 DISCUSSÃO

Já não é escassa a doutrina pátria sobre o tema do erro médico.

Especificamente sobre a existência de autonomia ou solidariedade entre o médico cirurgião e o anestesiológico muito se falou.

CAVALIERI (2003) identifica como posição já ultrapassada a de que o cirurgião responderia pelos atos do anestesiológico, considerando-o como um auxiliar que executaria atos sob as suas ordens.

Em substituição, identifica a ascensão do entendimento que, baseado na multiplicidade das especialidades médicas e no aprimoramento das técnicas cirúrgicas, reconhece a plena autonomia, respondendo cada profissional exclusivamente pelos atos a que deu causa.

KFOURI NETO (2002), do mesmo modo, defende como regra a autonomia entre as responsabilidades do cirurgião e do anestesiológico, fundamentando-se na moderna distinção que com clareza já se apresenta entre as funções de cada um dos profissionais durante o ato cirúrgico.

Ao final, entretanto, trata como hipótese excepcional o que na prática é regra, escrevendo:

O cirurgião (obstetra, oftalmologista, endoscopista) pode ser excepcionalmente responsável pela culpa do anestesista, na seguinte hipótese: o paciente recorre ao cirurgião, para determinada cirurgia. A indicação do anestesista é feita pelo próprio cirurgião – que esclarece ao paciente ser o anestesiológico indicado integrante da sua equipe, o único em quem ele, cirurgião, deposita confiança. 42 (grifo nosso).

Igualmente distante da realidade fática soa OMETTO (2004, p. 225), ao afirmar que “... o médico chefe, na maioria dos casos, não escolhe o anestesiológico com quem vai trabalhar. Este faz parte de uma escala de plantão já previamente organizada”.

⁴² KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. 4ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 164.

O se evidencia na rotina médica é que a imposição do anestesiológico ao paciente, pelo cirurgião, é a regra.

Apenas excepcionalmente o paciente possui o “seu anestesiológico”, como de resto possui o “seu oftalmológico”, o “seu ginecologista”, o “seu pediatra”.

Também em sede jurisprudencial, verifica-se a existência de posicionamentos pendentes tanto para a autonomia quanto para a solidariedade, inexistindo numa ou noutra hipótese unidade de fundamentação.

Assim, por exemplo, no julgamento do REsp nº 53.104, a Terceira Turma do STJ, sob a Relatoria do Min. Waldemar Zveiter, reconheceu a solidariedade fundada na culpa *in eligendo* do cirurgião e identificando-o como a figura que comanda os trabalhos, que se desenvolvem sob suas ordens.

Ressalvou, entretanto, a exclusividade da responsabilidade do anestesiológico pelos danos anestésicos pré e pós-operatórios.

Deve-se à posição de submissão entre os profissionais durante o ato cirúrgico, sem aventar a questão da contratação do anestesiológico.

Mais adiante foi o julgamento da Ap. Cív. nº 1997.001.08071, em que a Quarta Câmara Cível do TJ/RJ fundamentou-se na contratação do anestesiológico pelo cirurgião para reconhecer a solidariedade.

Entendimento mais gravoso ao cirurgião, curiosamente, foi adotado no julgamento do A.I. nº 2002.002.05856, quando, mais do que reconhecer a sua solidariedade com o anestesiológico, chegou-se a responsabilizá-lo exclusivamente pelos atos desse último.

Aqui, como lá, ponderou-se o fato de não ter a anestesiológica, integrante da equipe escolhida pelo cirurgião, sido contratada pela paciente. O resultado, entretanto, foi muito mais gravoso ao cirurgião.

Por fim, encampando a tese majoritária, os julgamentos pelo TJ/RJ das Ap. Cív. nº 2002.001.09721 e nº 2002.001.09650, em que se reconheceu a autonomia, fundamentada na ausência de culpa *in eligendo* do cirurgião e na divisão do trabalho por equipes especializadas, chegando naquele último a afirmar:

O médico não pode ser responsabilizado por ato que não praticou e que decorreu de especialidade que escapa ao seu controle. O anestesista, médico

especialista, possui autonomia em relação ao médico, a quem não pode ser imputada responsabilidade por ato lesivo daquele técnico.⁴³

Como se vê, divergem os posicionamentos.

Colhem-se os mais diferentes fundamentos, mas, até o momento, carecem doutrina e jurisprudência do direto enfrentamento da questão sob a ótica do § 1º, do art. 25, do CPDC, que é o objeto do presente estudo.

Sendo clara a relação de consumo que, em regra, existe nesses casos e compreendendo-se a moderna sistemática de contratação dos anestesiológicos, outra não pode ser a solução da hipótese.

⁴³ RIO DE JANEIRO (Tribunal de Justiça). *Ap. Cív. 2002.001.09650*, 15 abril 2003. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 10 abril 2004.

8 CONCLUSÃO

Pelo teor das breves anotações formuladas, vê-se que a responsabilidade civil do anesthesiologista é tema que traz consigo algumas questões relevantes e para as quais não se parece ter encontrado resposta pacífica, nem na doutrina, nem na jurisprudência.

Como médico, ele goza em regra de responsabilidade contratual. Trata-se, entretanto, de responsabilidade *sui generis*, eis que à suposta vítima não basta a prova da existência do contrato e do inadimplemento havido, sobre ela recaindo o ônus de comprovar-lhe a culpa.

A despeito das divergências que se verificam sobre a questão, estamos com aqueles que consideram o contrato anesthesiologista-paciente fonte de obrigação de meios, eis que o material sobre o qual se debruça é o corpo humano, sujeito à atuação de inúmeros fatores que escapam ao comando do profissional. Traz em si a mesma álea que se verifica em qualquer outro contrato médico.

No que pertine aos danos causados pela ocorrência do chamado choque anafilático, a questão deve ser avaliada em concreto, para que diante dos fatos apresentados se possa extrair a previsibilidade ou a imprevisibilidade de sua ocorrência.

De todo modo, consideramos que apenas excepcionalmente ele se apresentará com alguma previsibilidade, nos casos de ocorrências anteriores, predisposição familiar ou verificação por teste de alergia – que, todavia, pode não acusar reação alguma a substância que futuramente levará o paciente ao choque.

Nessas hipóteses, a desconsideração dos indicadores apontados caracterizará negligência do especialista, importando na sua responsabilidade pelos danos causados, desde que com a sua conduta se possa estabelecer o necessário nexo de causalidade.

Por outro lado, configurada a imprevisibilidade de sua ocorrência, verificada estará a ocorrência de caso fortuito, a afastar o nexo causal e excluir, portanto, o dever de indenizar.

Quanto à responsabilidade do cirurgião chefe de equipe pelos danos exclusivamente anestésicos, muito já se discutiu.

Entendimento mais remoto era o de que o cirurgião chefe de equipe respondia pelos atos do anesthesiologista, eis que este integrava a equipe que sob seus comandos agia. Sua responsabilidade era solidária à do anesthesiologista, por culpa *in eligendo*, com fundamento no vínculo de preposição que entre eles se reconhecia e legitimava aplicação do art. 1521, III, do CC/16.

A evolução técnica da Medicina e a sua crescente especialização importaram no reconhecimento social da Anestesiologia como ramo autônomo da cirurgia. Consolidando-se esse reconhecimento, chegaram os nossos estudiosos ao atual entendimento dominante, de que – inclusive dignificando a especialidade – os atos de cada personagem envolvido no procedimento médico são perfeitamente identificáveis e individualizáveis, não havendo qualquer subordinação de uma ou de outra parte, pelo que cada qual deve responder exclusivamente pelos danos que seus atos vierem a causar.

Excluído o vínculo de preposição, a palavra de ordem entre as responsabilidades do cirurgião e do anestesiológico passa a ser a autonomia.

Entretanto, diante do sistema legal hoje em vigor e nele não se podendo afastar da relação médico-paciente a aplicação do CDC, uma visão consumista se impõe sobre o tema.

A realidade prática nos mostra que, no comum das vezes, a escolha do anestesiológico cabe exclusivamente ao cirurgião, que termina por impor o seu nome ao paciente como condição indispensável de sua atuação. Deste modo, intermediando a contratação do especialista em exame, entendemos que o cirurgião termina por integrar a cadeia de fornecimento do serviço anestésico. Tornamos, aí, à responsabilidade solidária deste pelos atos daquele, não mais com fundamento num vínculo de preposição que encontraria fundamento no CC, mas baseados na interpretação dos fatos à luz do CDC.

Chegamos, por fim, na atenção que devem os profissionais da Medicina dispensar à teoria da *culpa contra a legalidade*, que surge num quadro de crescente objetivação da responsabilidade civil moderna para facilitar a prova da culpa pelos danos injustos causados.

Embora não tenha ainda merecido difusão no campo da responsabilidade profissional, nela encontra terreno fértil por lidar com o dever de obediência a certas regras técnicas no desempenho de profissões. A violação desse dever importa na presunção de culpa do agente, cabendo-lhe o difícil ônus de afastar tal presunção ou ainda a prova de qualquer das excludentes do nexo de causalidade.

Por isso é que pregamos a mais plena observância das disposições trazidas não só no Código de Ética Médica, como também nas Resoluções técnicas do CFM e dos CRMs. Em especial, para os anestesiológicos, merece maior atenção a Resolução nº 1363/93, que estabelece as condições mínimas de segurança para a prática de anestesia e impõe determinações aos médicos que a praticarem.

Todo o exposto nos parece acorde com a proteção constitucional pretendida impor às relações de consumo, sem fugirmos do respeito e da dignidade que devem ser preservados

entre as figuras nela envolvidas: paciente conhecedor e respeitado em seus direitos e anesthesiologista capaz de oferecer seguras condições para sua atuação, além de resguardar-se contra possíveis demandas infundadas.

REFERÊNCIAS

ABREU E SILVA, Roberto de. *A Falta Contra a Legalidade Constitucional: hermenêutica da responsabilidade civil proveniente de danos injustos, em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 758, p. 33-53, ago. 1995;

BAGATINI, Airton *et al.* *Anestesia: a vitória sobre a dor*. Porto Alegre: SARGS, 2001;

BRANDÃO, Adelino (org.). *Os Direitos Humanos: Antologia de Textos Históricos*. São Paulo: Landy, 2001;

BRASIL. Código Civil (1916). *Código Civil: lei nº 3.071, de 1º-1-1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar, súmulas e índice alfabético-remissivo do Código Civil, cronológicos da legislação e alfabético da legislação complementar, da Lei de Introdução e das súmulas*. 49ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998;

_____. Código Civil (2002). *Código Civil Comparado: lei nº 10.406, de 10-1-2002*. Organização Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2002;

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Organização Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002;

_____. Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1912;

_____. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 23 set. 1986;

_____. Lei n° 8078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 53.104-7/RJ*, 04 de março 1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 33.202-5/MG*, 28 de maio de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 81101-PR*, 13 de abril de 1999. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 1990.001.01329*, 25 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 1995.001.04878*, 12 de setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 1997.001.06680*, 28 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. n° 1997.001.08071*, 17 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 2000.001.00970*, 27 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 2002.001.09721*, 23 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *A.I. n° 2002.002.05856*, 21 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 2002.001.29069*, 19 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 2002.001.09650*, 15 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 2004.001.12799*, 17 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 2005.001.09290*, 10 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2007;

CÓDIGO de Hamurabi. Disponível em: <<http://www.sacred-texts.com/ane/ham/index.htm>>. Acesso em: 20 dez 2006;

CÓDIGO de Manu. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manusrti.htm>>. Acesso em: 20 dez 06;

LEI das XII Tábuas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 20 dez 06;

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Responsabilidade Civil Médica: acórdãos na íntegra dos Tribunais Superiores e o Código de Ética Médica*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Destaque, 2002;

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

_____ ; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. XIII;

CHASSOT, Attico Inácio. *A Ciência através dos tempos*. São Paulo: Moderna, 1994;

CHOQUE anafilático. Disponível em: <www.alergias.med.br/choque.html>. Acesso em: 02 out 2006;

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA (Brasil). *Consolidação das Normas para Procedimentos nos Conselhos de Odontologia*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.cfo.org.br/download/pdf/consolidacao.pdf>>. Acesso em: 06 dez 2006.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade Civil médica e hospitalar: Repertório jurisprudencial por especialidade médica – Teoria da Eleição Procedimental – Iatrogenia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979;

_____. *Da Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. 1 e 2;

ENTREVISTA. Programa República. Prof. Boris Fausto. Parte 2. Disponível em: <http://www.portalmec.gov.br/seed/tvescola/historia/entrevista_3b.asp>. Acesso em: 23 maio 2007;

FIGUEIREDO, Antônio Macena; FREIRE, Henrique; LANA, Roberto Laura. *Profissões da Saúde: bases éticas e legais*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revinter, 2006;

_____. ; SOUZA, Soraia Riva Goudinho. *Como Elaborar Projetos, Monografias, Dissertações e Teses*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005;

_____. ; LANA, Roberto Laura (coord.). *Temas de Direito Médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004;

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *A responsabilidade Civil dos médicos*. Porto Alegre: Ajuris, 1992;

FRANÇA, Rubens Limongi. A responsabilidade aquiliana e suas raízes. In: CAHALI, Yussef Said (coord). *Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. at. São Paulo: Saraiva, 1988;

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução A. M. Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988;

GIORDANI, José Acir Lessa. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;

GORDON, Richard. *A assustadora história da Medicina*. Tradução Aulyde Soares Rodrigues. 5ª ed. São Paulo: Ediouro, 2004;

GUIMARO JUNIOR, Orlando. *Responsabilidade Civil: Noções Basilares e Evolução Histórica*. Disponível em: <http://www.ufac.br/dep/dd/ufac_artigo_e11.doc>. Acesso em: 21 jan 07;

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. São Paulo: 2002. 370 f. Tese (Livre Docência – Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002;

_____. Tendências Atuais da Responsabilidade Civil: Marcos Teóricos Para o Direito do Século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; Lisboa, Roberto Senise (coord.). *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 213-229;

JESUS, Nauk Maria de. Os remédios cruéis da colônia. *Nossa História*, São Paulo, ano 2, nº 21, p. 18, jul. 2005;

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Areal, 2005;

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Tradução S. Rodrigues e F. Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999. Título original: *Römisches Privatrecht*;

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado*.

Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. 4ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica*, São Paulo, nº 284, p. 36-47, jun. 2001;

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

MARQUES, Vera Regina Beltrão. Os magos da botica. *Nossa História*, São Paulo, ano 2, nº 21, p. 20-23, jul. 2005;

MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale (dano morale)*. Milão: Libreria, 1901;

MORAES, Irany Nova. *Erro médico e a Justiça*. 5ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

MOTT, Maria Lucia. Uma parteira diplomada. *Nossa História*, São Paulo, ano 2, nº 21, p. 28-31, jul. 2005;

OMETTO, Rosália Toledo Veiga. *Responsabilidade civil do médico cirurgião*. Capivari, SP: Unimed, 2004;

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Evolução da Responsabilidade Civil e seus Problemas Modernos*. Disponível em:
<<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=522>>.
Acesso em: 21 janeiro 2007;

PATACO, Vera; VENTURA, Magda; RESENDE, Érica. *Metodologia para trabalhos acadêmicos e normas de apresentação gráfica*. Rio de Janeiro: Rio, 2004;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualização Maria Celina Bodin de Moraes. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. 1;

PINTO, Antônio José Azevedo. Responsabilidade Civil: Breves Anotações. In: COUTO, Antônio; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (coord.). *A Responsabilidade Civil e o Fato Social no Século XXI*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 143-158;

REALE JUNIOR, Miguel. O Código de Ética Médica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 66, n° 503, p. 47-53, set. 1977;

RIPERT, Georges. *Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. Tradução J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937;

ROCHA, Cleonice Rodrigues Casarin da. A natureza jurídica do contrato médico. In: FIGUEIREDO, Antônio Macena; LANA, Roberto Laura (coord.). *Temas de Direito Médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004. p. 45-73;

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, vol. 4;

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *Responsabilidade Civil na cirurgia plástica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002;

SCHMIDT, Selma. Danos que emperram a Justiça. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 18, 01 ago. 2004;

SCLIAR, Moacyr. Uma guerra contra a morte. *Nossa História*, São Paulo, ano 2, n° 21, p. 14-19, jul. 2005;

SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANESTESIOLOGIA. *Anestesia Segura*: tudo o que você precisa saber sobre anestesia sem precisar ter medo dela. Disponível em: <<http://www.sba.com.br/info/menu/segura.asp>>. Acesso em: 10 out 2006;

_____. *Dúvidas sobre Anestesia?* Disponível em: <<http://www.sba.com.br/info/menu/101.asp>>. Acesso em: 10 out 2006;

SOCIEDADE DE ANESTESIOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Anestesiologia em São Paulo*: uma história de evolução e conquistas. Disponível em: <<http://www.saesp.org.br/evolucao.asp>>. Acesso em: 08 out 2006;

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. *Responsabilidade Civil no erro médico*. Disponível em: <<http://www.medonline.com.br/mat9.htm>>. Acesso em: 20 janeiro 2007;

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no Direito brasileiro. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 7, n° 26, p. 36/51, 2004;

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997;

TODOROV, Tzevtan. *O homem desenraizado*. São Paulo: Record, 1999;

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no Direito francês e no brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 7, n° 26, p. 94/114, 2004.

ANEXO

Resolução CFM nº 1.363/93

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 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 Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO que a Portaria nº 400, de 06 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 Conselho Federal de Medicina 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 CO₂ 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 completo, 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 nº 851/78, de 04 de setembro de 1978.

Brasília-DF, 12 de março de 1993.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U. de 22.03.93 - Seção I - Página 3439.