UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE ODONTOLOGIA DE BAURU

DIMAS SILOÉ TAFELLI

**A tutela jurisdicional da cirurgia bariátrica: uma análise sob a ótica
da responsabilidade civil por erro médico**

BAURU
2017

DIMAS SILOÉ TAFELLI

**A tutela jurisdicional da cirurgia bariátrica: uma análise sob a ótica
da responsabilidade civil por erro médico**

Dissertação apresentada a Faculdade de Odontologia de Bauru da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências no Programa de Ciências Odontológicas Aplicadas, na área de concentração de Saúde Coletiva.

Orientador: Prof. Dr. Arsenio Sales Peres

Versão corrigida

BAURU
2017

T123t Tafelli, Dimas Siloé
A tutela jurisdicional da cirurgia bariátrica: uma
análise sob a ótica da responsabilidade civil por erro
médico. / Dimas Siloé Tafelli – Bauru, 2017.
214 p. : il. ; 31cm.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Odontologia
de Bauru. Universidade de São Paulo

Orientador: Prof. Dr. Arsenio Sales Peres

Nota: A versão original desta dissertação encontra-se disponível no Serviço de Biblioteca e Documentação da Faculdade de Odontologia de Bauru – FOB/USP.

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a
reprodução total ou parcial desta dissertação/tese, por processos
fotocopiadores e outros meios eletrônicos.

Assinatura:

Data:

FOLHA DE APROVAÇÃO

DEDICATÓRIA

À minha amada mãe Cláudia que precocemente me deixou. Seu cuidado, amor, disposição, felicidade, carinho e garra sempre estarão presentes comigo. Sempre juntos, dizia ela. Hoje sou eu é que digo: apenas enquanto eu respirar vou me lembrar de você.

À minha estimada e alegre irmã Thais Tafelli Ma, seu grande esposo Samuel Toledo Ma e minha linda e incansável sobrinha Isabella Tafelli Ma. Vocês são exemplos de amor e afeto para mim.

Aos meus queridos pais Paulo Dimas Tafelli e Line Tafelli, que não medem esforços para estarem presentes, dispensando-me amor e orientação.

Aos meus pais de coração Mário Sérgio Salgueiro e Ângela Gomes Salgueiro (sempre presente), pelo cuidado e amor de uma vida inteira.

Aos amigos advogados Raniere Dias Quirino, Carlos Alberto Martins Junior, Felipe Amaral Barbosa, Francisco Bromati Neto e Fernando Simioni Tondin, que durante todo esse caminho se preocuparam em dividir seus valiosos conhecimentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por dispensar-me seu fôlego de vida, me escolher e me guardar. Mesmo eu não merecendo, Ele é e sempre foi rico em misericórdias e suas bênçãos se renovam a cada manhã.

Agradeço ao Professor Doutor Arsenio Sales Peres pela grande oportunidade de cursar o Programa de Ciências Odontológicas Aplicadas sob sua orientação, na Área de Ortodontia e Odontologia em Saúde Coletiva, enfocando o presente trabalho na estreita correlação entre a saúde e o Direito. Sua sabedoria e parceria transcendem em muito o excelente.

Ao colega de curso e advogado Enio Trujillo, pelo companheirismo, paciência e orientações nas horas difíceis.

Ao apoio e compreensão de todos os Professores e funcionários do Departamento de Saúde Coletiva da Faculdade de Odontologia de Bauru.

“Bem aventurado o homem que encontra sabedoria,
e o homem que adquire conhecimento.”

Provérbios de Salomão, 3:13.

RESUMO

O princípio da dignidade humana e da proteção à saúde são decorrentes do direito fundamental à vida. São direitos definidos como prerrogativas mínimas sem as quais o cidadão não existiria dentro do estado democrático de Direito. O pluralismo e os tempos modernos evidenciam outros problemas para a humanidade e, dentre eles, está a obesidade. Trata-se de problema que decorre de um processo histórico, expondo que a alimentação humana mudou substancialmente com a crescente urbanização, somada ao fenômeno da globalização e a disseminação da cultura de consumo, fatores que foram predominantes para o aumento exponencial desta doença. Atualmente é problema grave de saúde pública mundial, que dependendo do país e de acordo com seu desenvolvimento, pode chegar a ser causa de discriminação social, vulnerabilidade e exclusão social. Nesse aspecto, na mesma medida em que a obesidade é crescente em todo mundo, as diversas formas de sanar tal questão também são presentes. Logo, evidencia-se naturalmente constatação do crescimento das chamadas cirurgias bariátricas e, como consequência óbvia de tal aumento, a possibilidade de erros médicos em tais intervenções também é cada vez mais crescente. A medicina é atividade que pela sua própria natureza envolve riscos e lida com o bem mais essencial e fundamental. Assim, o erro médico não pode ser apenado com benevolência. Quaisquer ofensas a tais direitos são repelidas pelo Poder Judiciário que, por meio do instituto da responsabilidade civil, evidencia as premissas básicas de prudência, perícia e diligência, expondo a necessidade de atitudes regulares dos profissionais ligados à atividade médica e o bom senso na apuração de eventual ilícito, bem com condenações justas e igualitárias, pautadas na análise técnica e específica a respeito da conduta do profissional, após a observância de todos os princípios ético-legais e processuais. Assim, neste trabalho busca-se apresentar a tutela jurisdicional da cirurgia bariátrica no que diz respeito a responsabilização do médico por erro, aplicando-se a teoria da responsabilização civil e apontando-se a natureza e a ocorrência dos erros que potencializam e embasam demandas judiciais, bem como os procedimentos regulares e recomendados com o objeto de prevenir a responsabilização.

Palavras-chave: Obesidade. Cirurgia bariátrica. Responsabilização civil. Erro médico.

ABSTRACT

The principles of human dignity and health protection are derived from the fundamental right to life. They are rights defined as the minimum prerogatives without which citizens could not exist within a democratic state. Pluralism and the modern times point to other issues for mankind, among them, obesity. This is a problem that derives from a historical process, evidenced by changes in human nutrition due to the ever-growing trend of urbanization, in addition to the phenomenon of globalization and we spread culture of consumption, which have been major factors for the exponential growth of this disease. In the present day it presents itself as a serious global public healthcare issue, and depending on which country and stage of development, may become the cause of vulnerability, social prejudice and exclusion. Meanwhile obesity has been shown to be growing worldwide, various means of addressing and solving this matter have also been made available. It may be verified a growth in the number of the so-called bariatric surgeries, and as a direct outcome, the enhanced possibility of medical failure during these procedures. The practice of medicine inherently involves risks while dealing with one's most fundamental and essential belonging. Hence, medical failure cannot be taken lightly or benevolently. Any offenses to such rights are rebuked by the Judiciary, that bring forth the basic assumptions of prudence, skill and diligence through the institution of civil responsibility, pointing to the need for regular attitudes of medical-related professionals and proper reasoning when examining possible illicit, as well as fair and equal conviction, based on the specific technical analysis regarding the professional's conduct, whilst observing all procedural, ethical and legal principles. Therefore, this publication intends to present the jurisdictional tutelage of bariatric surgery concerning the physician's accountability for his or her mistake by applying the theory of civil accountability, identifying the nature and occurrence of the errors that provoke or lay grounds for legal action, as well as the regular procedures advised in order to prevent accountability.

Keywords: Obesity. Bariatric surgery. Civil accountability. Medical error.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

AMM	Associação Médica Mundial
CFB	Constituição Federal Brasileira
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Constituição Estadual
CEP	Comitê de Ética em Pesquisa
CFO	Conselho Federal de Odontologia
CFM	Conselho Federal de Medicina
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CIOMS	Organizações Internacionais de Ciências Médicas
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CONEP	Comissão Nacional de Ética em Pesquisa
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
EC	Emenda Constitucional
NBAC	Comissão Consultiva Nacional de Bioética
OGM	Organismo Geneticamente Modificado
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCLE	Termo de Consentimento Livre e Esclarecido
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
WMA	World Medical Association

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	METODOLOGIA.....	15
3	REVISTA DA LITERATURA	19
3.1	DA OBESIDADE – Breves considerações	21
3.2	DA CIRURGIA BARIÁTRICA	25
3.2.1	Da Resolução Nº 2.131/2015 do Conselho Federal de Medicina	30
3.2.2	Da Portaria Nº 424/2013 do Ministério da Saúde	32
3.3	BREVE HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	33
3.3.1	Evolução da Responsabilidade civil médica	40
3.4	RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	44
3.4.1	A responsabilidade no Código Civil	49
3.4.1.1	A responsabilidade civil contratual e extracontratual	50
3.4.1.2	A responsabilidade civil subjetiva	53
3.4.1.3	A responsabilidade civil objetiva	56
3.4.1.4	A responsabilidade do médico no Código Civil	58
3.4.2	A Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor	64
3.4.2.1	Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor	68
3.4.2.2	Responsabilidade subjetiva no Código de Defesa do Consumidor	70
3.4.2.3	Responsabilidade civil do médico no Código de Defesa do Consumidor	74
3.3	A CULPA MÉDICA.....	77
3.3.1	A culpa na responsabilidade civil do médico	79
3.3.2	A análise do erro médico e do erro de diagnóstico	81
3.3.3	A culpa <i>stricto sensu</i>	85
3.3.3.1	Negligência	86
3.3.3.2	Imprudência	89
3.3.3.3	Imperícia	91

3.4	DO DANO MÉDICO	93
3.4.1	Dano material ou patrimonial	95
3.4.1.1	Dano emergente	96
3.4.1.2	Lucros cessantes.....	96
3.4.2	Dano moral ou extrapatrimonial.....	97
3.4.3	Dano estético.....	104
3.4.4	Da perda de uma chance	108
3.5	DA IATROGENIA – MODALIDADE CULPOSA OU EXCLUDENTE DE ILICITUDE.....	112
4	OBJETIVO	117
4.1	OBJETIVO GERAL.....	119
4.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	120
5	DISCUSSÃO	121
5.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	123
5.2	NATUREZA JURÍDICA DA CIRURGIA BARIÁTRICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO OU OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.....	126
5.3	DA IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL MÉDICA PARA CONSTATAÇÃO DO ERRO MÉDICO NA CIRURGIA BARIÁTRICA.	143
5.4	PROCESSOS JUDICIAIS E INDENIZAÇÕES POR ERRO MÉDICO NA CIRURGIA BARIÁTRICA: COMO O MÉDICO PODE SE PREVENIR.....	153
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	167
	REFERÊNCIAS.....	173
	ANEXOS	189

1 Introdução

1 INTRODUÇÃO

A vida é o mais sagrado dos direitos fundamentais, sendo que se manifesta como verdadeiro pré-requisito para a existência e o exercício dos demais direitos. Atrelado a esta premissa básica, está o princípio da dignidade da pessoa humana, com desdobramento óbvio na proteção à saúde.

Trata-se de direito que gera outros direitos da personalidade, que são definidos como prerrogativas mínimas, sem as quais o cidadão não existiria. Assim, como ramificação do direito à vida, temos o direito à existência, que se materializa no direito de permanecer vivo e de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.

O direito à saúde está entrelaçado com tais premissas e ofensas de qualquer espécie a esse direito são repelidas pela Justiça. No campo da responsabilidade civil, instrumento de fundamental importância na proteção aos direitos patrimoniais e da personalidade, e especialmente nas questões voltadas a corrigir ou reprimir o erro médico, o que se identifica é a necessidade de atitudes prudentes e com bom senso na identificação do eventual ilícito.

Os tempos modernos e a rápida evolução da sociedade evidenciam para o homem a necessidade de reflexões, estampando anseios e aflições que outrora não existiam.

Nessa toada, tem-se a obesidade, que é fruto de uma história de alimentação que favorece seu crescimento dia após dia. Trata-se de grave problema de saúde pública mundial agravado com a dita febre do consumismo.

Como corolário lógico, quiçá na mesma medida em que a obesidade é crescente em todo o mundo, as tentativas de sanar tal questão também são cada vez mais presentes. Revela-se então a relevância do tratamento da obesidade, pressupondo a intervenção da medicina e das políticas públicas de cuidado da saúde.

Neste aspecto surgem as chamadas cirurgias bariátricas, também conhecidas como cirurgias da obesidade ou, popularmente, “redução do estômago”, cuja quantidade de realizações tem crescido exponencialmente. Recentemente, inclusive, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou em 13 de janeiro de 2016 uma nova Resolução que especifica as comorbidades que poderão ter indicação

para realização da cirurgia bariátrica, ampliando o rol de possibilidades e recomendações para realização do procedimento.

Como consequência imediata de tal aumento, a possibilidade de erros médicos em tais intervenções também cresce, principalmente considerando que a medicina é, de fato, atividade que pela sua própria natureza envolve riscos, atuando com a imponderabilidade das reações dos seres humanos aos tratamentos.

Por outro lado, o médico lida no seu dia a dia com o bem mais preciso do ser humano – a vida. Nestas circunstâncias, o erro não pode, nem deve ser apenado com benevolência. O erro em outras atividades profissionais pode ser corrigido retornando a coisa ao *status quo ante*, ainda que com custos materiais elevados. No entanto, na atividade médica, o erro quase nunca permite um retorno ao estado anterior.

Diante desta realidade, dedicou-se capítulo inicial com uma abordagem da obesidade, suas implicações e relevância para a área médica, além de proposições conceituais a respeito da cirurgia bariátrica.

Aborda-se também as conceituações da responsabilidade civil, em especial para os profissionais da área médica, sua abrangência, conceituação e demais fatores atrelados a tal instituto, identificando-se quais são as condutas médicas em cirurgias bariátricas que podem levar a responsabilização judicial do profissional. A análise é sempre feita sob a ótica da responsabilidade civil diante da prestação de serviços pelo médico profissional liberal, tanto considerando a relação entre paciente e profissional no âmbito civil, quanto sob a ótica da legislação consumerista.

Assim, o objetivo do presente estudo foi realizar uma revista da literatura a respeito da responsabilização civil e sobre a associação de erros médicos cometidos pelo profissional liberal com a cirurgia bariátrica e a consequente responsabilização judicial.

Os aspectos médico – legais da cirurgia bariátrica são difíceis de serem analisados cientificamente, uma vez que não existe uma centralização de informações que indiquem a natureza e a ocorrência dos erros que potencializaram e embasaram demandas judiciais.

Por outro lado, é certo que os próprios expertos na área, os estabelecimentos de saúde, órgãos regulatórios e operadoras de planos de saúde também não tem incentivo ou motivação para divulgação de tais dados. De toda

forma, a análise torna-se possível diante da possibilidade de apontamento das principais condutas tidas como minimamente necessárias, sobre as quais não se pode tergiversar.

Sabe-se que o tema é amplo e intrigante.

Assim, aborda-se o alcance prático das definições de obesidade, responsabilidade civil e erro médico, pretendendo-se apontar informações que possam ser utilizadas para melhorar a segurança do paciente e, também, apontar aos profissionais da área médica quais são os procedimentos regulares e recomendados no escopo de alcançar-se a prevenção da responsabilização civil por erro médico neste tipo de procedimento, cada vez mais comum e acessível na sociedade moderna.

2 Metodologia

2 METODOLOGIA

A proposta do presente trabalho é analisar o instituto da responsabilidade civil, em específico na sua aplicação aos erros médicos ocorridos nos procedimentos ligados à cirurgia bariátrica, pautando-se pela análise das cautelas necessárias para a realização do procedimento de forma segura do ponto de vista jurídico. Cinge-se a análise sob a ótica da Constituição Federal, do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A hipótese deste estudo corresponde ao fato de que a relação jurídica estabelecida entre o médico e paciente é, na grande maioria dos casos, reconhecida pelos profissionais de Direito como típica relação de consumo, donde advém a aplicação das normas consumeristas, em especial a inversão do ônus da prova, foro de competência, litisconsórcio passivo e concessão da assistência judiciária.

No que tange à apresentação da teoria a respeito da responsabilidade civil, que assume papel de fundamental relevância para análise da aplicabilidade aos erros médicos à cirurgia bariátrica, bem como na correlação entre tais fatores, deve-se esclarecer que foram efetuadas considerações iniciais sobre o direito e o sistema jurídico, abordando-se, de fato, especificações sobre a obesidade, a cirurgia bariátrica, bem como a respeito da evolução da responsabilidade civil e seus aperfeiçoamentos relacionados à atividade médica.

Verificou-se a maneira pelo qual o profissional médico desenvolve suas atividades no ramo da medicina, assumindo obrigação de meio como regra, mas, em determinados casos, obrigação de resultado.

Assim, a revista de literatura se desenvolveu a partir de pesquisas em material existente na literatura nacional e internacional, bem como decisões judiciais restritas e julgadas dentro do período de 5 anos, com vistas à identificação do instituto da responsabilidade civil, sua evolução, especificidade e aplicabilidade diante do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor e, em específico, aplicadas ao erro médico neste tipo de tratamento e intervenção cirúrgica.

Foram consultadas também as Resoluções do Conselho Federal de Medicina a respeito da cirurgia bariátrica, que estabelecem normas seguras para o tratamento cirúrgico da obesidade mórbida, definindo indicações, procedimentos, precauções e equipe, além de outras diretrizes.

As fontes de pesquisa foram feitas em impressos e meios digitais, ambas consideradas autênticas cientificamente. Quanto às bases de dados, parte do material de apoio foi extraído de sites da internet, tais como: Pubmed, Scielo, Lilacs, Google Acadêmico e Google.

Utilizou-se também dos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça, para extração e análise de decisões monocráticas ou não em casos relacionados à responsabilidade civil, erro médico e cirurgia bariátrica.

Quanto à questão temporal, considerando a prescrição advinda da disposição do Código de Defesa do Consumidor, o período limitou-se a 5 anos. As palavras-chave utilizadas foram: obesidade, cirurgia bariátrica, responsabilidade civil e erro médico.

Caracterizada como estudo exploratório e descritivo, para atender os fins da presente pesquisa, faz-se necessária uma abordagem qualitativa do tema objeto, de forma que utilizou-se a analogia jurídica, interpretação e os recursos da hermenêutica jurídica.

3 Revista da Literatura

3 REVISTA DA LITERATURA

3.1 DA OBESIDADE - Breves considerações

A palavra obesidade é composta pelo prefixo *ab* (super) e o verbo *adere* (comer). Atualmente é um grave problema de saúde pública mundial (KOPELMAN, 2000), com grande impacto nas economias dos países que a enfrentam.

O aumento da expectativa de vida, a alteração nos padrões de consumo, em conjunto com mudanças nos estilos de vida e padrões de comportamento, atrelado a prática não saudáveis, proporcionam mudanças significativas no padrão de morbimortalidade nas sociedades (BALL e CRAWFORD, 2005).

Em estudos recentes o Ministério da Saúde do Brasil indicou que mais da metade dos brasileiros está com excesso de peso. Trata-se de levantamento que demonstrou o retrato do estilo de vida (alimentação, atividades físicas) da população brasileira, onde foi constatado por meio de pesquisa Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico (VIGITEL 2014), que 52,5% dos brasileiros estão acima do peso ideal. Estes dados são relevantes já que as pessoas com excesso de peso podem se tornar obesos no futuro, o que ocasiona doenças metabólicas, como diabetes e hipertensão, por exemplo.

A obesidade caracteriza-se pelo excesso de gordura no organismo. Trata-se de doença multifatorial, onde se verifica a sobreposição de fatores genéticos, comportamentais (incluída a alimentação) e ambientais (OBESITY, 2000; LEVI et al., 2003).

Como a maioria das enfermidades humanas crônicas, é um distúrbio multifatorial, sendo que vários fatores conjugados ou não a determinam. Aponta-se a susceptibilidade genética como o principal fator, que interage com o sexo, a idade, a ocupação e a dieta (BRAY, 2000).

A obesidade não é restrita a determinada raça, etnia ou grupo sócio econômico, sendo certo que fatores culturais, ambientais e genéticos influenciam sua gênese. Na grande maioria dos casos não se trata de uma postura deliberada pura e simples da pessoa. Apesar de tais indivíduos serem rotineiramente considerados com distúrbios de comportamento ou personalidade, é certo que

atualmente aponta-se que os fatores genéticos são predominantes no surgimento da obesidade.

A questão é complexa e demanda o entendimento de que cada pessoa deve, por si só, ser considerada individualmente em seu conjunto genético, comportamental, fisiológico e emocional. Apenas e tão somente com esta necessidade de individualização é que pode se apontar procedimentos terapêuticos adequados (FONSECA, et al, 2002).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define sobrepeso como o excesso de peso corpóreo e obesidade como o excesso de gordura no organismo, levando-se em conta o chamado Índice de Massa Corpórea (IMC), que é representado pela operação matemática consistente na divisão do peso corpóreo pelo quadrado da estatura (ALMEIDA et al., 2005). A OMS também utiliza o risco de mortalidade associada.

Para facilitar a compreensão e estudo a OMS divide a obesidade em alguns níveis, quais sejam: obesidade grau I quando o IMC está entre 30 e 34,9 kg/m², obesidade grau II quando o IMC está entre 35 e 39,9 kg/m², obesidade grau III quando o IMC é maior que 40 kg/m² e superobesidade quando o IMC é superior a 50 kg/m² (OBESITY, 2000).

No Brasil, a pessoa obesa terá indicação para tratamento cirúrgico quando seu Índice de Massa Corporal (IMC) for maior que 35 kg/m², conforme definido recentemente pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução CFM Nº 2.131/2015, publicada no Diário Oficial da União no dia 13 de janeiro de 2016, com retificação publicada no dia 29 de janeiro de 2016. Acresce-se ainda a esta indicação a presença de comorbidades como diabetes mellitus, doenças cardiovasculares, artrite, dispneia, doenças biliares, fadiga ou incapacidade.

A etiologia da obesidade é extremamente complexa, sendo certo que a postura de vida da pessoa é apenas mais um componente no desenvolvimento e manutenção da obesidade. A questão da grande ocorrência de obesidade da população mundial pode ser visto como consequência direta dos graves problemas sociais, econômicos e culturais, sendo certo que tal doença atinge os países em desenvolvimento e recentemente industrializados, bem como nas minorias étnicas e os excluídos em países desenvolvidos (OMS, 2004).

A Organização Mundial da Saúde (2004, p. 103-104) delimita alguns pontos baseados em estudos sobre a obesidade, que merecem destaque para o escopo do presente trabalho, de modo a identificar sinteticamente o problema:

- A obesidade pode resultar de um desequilíbrio de energia menor que leva a um ganho de peso gradual, porém persistente, durante um período considerável. Uma vez estabelecido o estado de obesidade, os processos fisiológicos tendem a manter o novo peso;
- O peso corpóreo é regulado primariamente por uma série de processos fisiológicos, mas também influenciado por fatores sociais e cognitivos externos;
- As tendências epidemiológicas recentes na obesidade indicam que a causa primária do problema da obesidade global está nas alterações ambientais e comportamentais. O rápido aumento nas taxas de obesidade ocorreu num período muito curto para ter havido alterações genéticas significativas nas populações;
- Acredita-se que a proporção crescente de gordura e a densidade de energia aumentada da dieta, juntamente com reduções no nível de atividade física e a elevação do comportamento sedentário, sejam os principais fatores que contribuem para a elevação no peso corpóreo médio das populações. Lidar com essas considerações parece ser o meio mais eficaz de combater elevações no nível de sobrepeso e obesidade na comunidade;
- O problema da obesidade global pode ser visto como uma consequência dos problemas sociais, econômicos e culturais que atingem países em desenvolvimento e recentemente industrializados, assim como as minorias étnicas e os excluídos em países desenvolvidos. As taxas crescentes de obesidade, NIDDM, hipertensão, dislipidemia e DVC, juntamente com o tabagismo e alcoolismo, são consequências frequentes do processo de modernização / aculturação;
- Estudos epidemiológicos, genéticos e moleculares em muitas populações do mundo sugerem que há pessoas mais suscetíveis ao ganho de peso e desenvolvimento da obesidade do que outras. Os fatores genéticos, biológicos e outras pessoas com parar de fumar, sexo e idade interagem para determinar a suscetibilidade de um indivíduo de ganho de peso;
- Certos grupos étnicos parece ser especialmente propensos ao desenvolvimento da obesidade quando expostos a um estílo de vida opulento, apesar das suscetibilidades às comorbidades da obesidade não serem uniformes entre estes grupos.

O controle da obesidade, conforme definição da Organização Mundial da Saúde (2004, p. 156), abrange quatro estratégias básicas: prevenção do ganho de peso; promoção da manutenção do peso; controle das comorbidades da obesidade; e a promoção da perda do peso.

A questão ganha contornos ainda mais relevantes quando se considera o combate da obesidade de suma importância e um problema mundial crucial, que requer uma estratégia abrangente de intervenção, mas que seja efetiva, duradoura e em larga escala.

No ano de 2013 o Ministério da Saúde divulgou, com bases em dados de 2011 e em parceria com a Universidade de Brasília, que o SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) gasta anualmente R\$ 488 milhões com o tratamento de doenças associadas à obesidade (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013).

Desta linha resultou a criação de uma portaria do Ministério da Saúde que “redefine as diretrizes para a organização da prevenção e do tratamento do sobrepeso e obesidade como linha de cuidado prioritária da Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas”.

Trata-se da Portaria N. 424 de 19 de março de 2013 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013), que redefiniu as diretrizes para tratamento dos obesos e sistematizou ações estatais, indicando que “organização das ações e serviços de prevenção e tratamento do sobrepeso e obesidade na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas observará as seguintes diretrizes:

- I - diagnóstico da população assistida no SUS, de modo a identificar os indivíduos com sobrepeso e obesidade a partir da classificação de seu estado nutricional de acordo com a fase do curso da vida, ou seja, enquanto crianças, adolescentes, adultos, gestantes e idosos;
 - II - estratificação de risco da população de acordo com a classificação do seu estado nutricional e a presença de outros fatores de risco e comorbidades;
 - III - organização da oferta integral de cuidados na Rede de Atenção à Saúde (RAS) por meio da definição de competências de cada ponto de atenção, do estabelecimento de mecanismos de comunicação entre eles, bem como da garantia dos recursos necessários ao seu funcionamento segundo o planejamento de cada ente federativo e os princípios e diretrizes de universalidade, equidade, regionalização, hierarquização e integralidade da atenção à saúde;
 - IV - utilização de sistemas de informação que permitam o acompanhamento do cuidado, gestão de casos e regulação do acesso aos serviços de atenção especializada, assim como o monitoramento e a avaliação das ações e serviços;
 - V - investigação e monitoramento dos principais determinantes do sobrepeso e obesidade;
 - VI - articulação de ações intersetoriais para promoção da saúde, de forma a apoiar os indivíduos, famílias e comunidades na adoção de modos de vida saudáveis que permitam a manutenção ou recuperação do peso saudável;
 - VII - garantia de financiamento adequado para prevenção e tratamento do sobrepeso e obesidade na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas;
 - VIII - formação de profissionais da saúde para a prevenção, diagnóstico e tratamento do sobrepeso e obesidade, de acordo com as diretrizes da Política Nacional de Educação Permanente em Saúde;
 - IX - garantia da oferta de apoio diagnóstico e terapêutico adequado para tratamento do sobrepeso e da obesidade, com efetivação de um modelo centrado no usuário, baseado nas suas necessidades de saúde, respeitando as diversidades étnico-raciais, culturais, sociais e religiosas; e
 - X - garantia da oferta de práticas integrativas e complementares para promoção da saúde, prevenção de agravos e tratamento das pessoas com sobrepeso e obesidade.
-

O que chama a atenção é o reconhecimento estatal, que adota medidas públicas, muitas vezes insuficientes, para proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Reconhecendo a relevante problemática, tem-se que o Estado deve agir positivamente na inclusão social da pessoa obesa, já que não é desconhecido a frequente ocorrência de atitudes preconceituosas, o que atualmente se denomina *obesofobia* ou *gordofobia*.

Nessa toada, sem prejuízo de quaisquer outros, o controle e tratamento da obesidade é medida que se impõe. A inclusão social das pessoas obesas é corolário lógico dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, inciso III do artigo 1º) e da igualdade (Constituição Federal, inciso I, do artigo 5º).

Tendo em vista tais premissas, ao obeso mórbido, uma vez enquadrado nas premissas médicas, com frequência há a necessidade de submissão à cirurgia bariátrica, destinada ao emagrecimento e, posteriormente, à cirurgia plástica reparadora, onde a seara da responsabilidade civil fica ainda mais evidente, cujo estudo é realmente necessário.

3.2 DA CIRURGIA BARIÁTRICA

Conforme se pontuou, a Organização Mundial da Saúde (2004, p. 156), estipula quatro estratégias básicas para o combate da obesidade: prevenção do ganho de peso; promoção da manutenção do peso; controle das comorbidades da obesidade; e a promoção da perda do peso.

Na verdade, tem-se que as opções para tratamento clínico da obesidade incluem profundas modificações no comportamento do indivíduo obeso, o que reduz substancialmente a probabilidade de êxito. Há estímulos à prática de atividade física, alterações na dieta alimentar, com restrições de ingestão de alimentos calóricos, além da necessária psicoterapia e uso de medicações (BOOTH et al., 2014; WALSH et al., 2014; EISENBERG e BURGESS, 2015; TEIXEIRA et al., 2015).

Entrementes, muito embora exista a possibilidade de tratamento clínico, o fato é que os resultados são sempre a longo prazo e não apresentam índices animadores de êxito, considerando a perda de peso e, acima de tudo, a manutenção

desta perda, além do controle de doenças advindas da obesidade, as chamadas comorbidades.

Exsurge neste contexto a cirurgia bariátrica, que assume papel importante e reveste-se de alternativa segura e eficaz para o tratamento da obesidade mórbida e também para o tratamento das comorbidades advindas dela. Neste sentido, a literatura científica é farta e apresenta diferentes estudos ao longo das últimas décadas (SJOSTROM et al., 2007; CHRISTOU et al., 2008; CUMMINGS, APOVIAN e KHAODHIAR, 2008; SCHERNTHANER e MORTON, 2008; SJOSTROM, 2008; SJOSTROM et al., 2009; CARLSSON et al., 2012; SCHAUER et al., 2012; GUO et al., 2013; KASHYAP et al., 2013; SJOSTROM, 2013; KASSAM, SMITH e ALM, 2014; SCHAUER et al., 2014).

A melhor definição científica para ao procedimento da cirurgia bariátrica é o conjunto de técnicas cirúrgicas que são realizadas no aparelho digestivo, com fundamento e respaldo científico, que utiliza ou não órteses. Tem como escopo promover a redução do peso e tratamento de doenças associadas e/ou agravadas pela obesidade. Atualmente trata-se do modo mais eficiente de se obter a perda de peso em pacientes extremamente obesos (ARTERBURN e COURCOULAS, 2014; BUCHWALD, 2014; COLQUITT et al., 2014).

A literatura científica aponta que o procedimento da cirurgia bariátrica consiste na redução do reservatório gástrico e/ou a absorção intestinal, de modo que tal conceito foi incorporado recentemente pela importância que tal procedimento alcançou no tratamento das comorbidades, como, por exemplo, o *diabetes mellitus* e a hipertensão. O tratamento e/ou controle de tais doenças é dificultado em razão do excesso de peso, sendo a cirurgia bariátrica relevante na redução de peso e, conseqüentemente, fator facilitador para o êxito ou continuidade do tratamento (CARLSSON et al., 2012; KASHYAP et al., 2013; BUCHWALD, 2014).

Considerando os desafios e a complexidade da cirurgia bariátrica, bem como os problemas de saúde e questões psicossociais que gravitam em torno dos pacientes candidatos à tal intervenção cirúrgica, foi realizado um painel de consenso do *National al Institutes of Health (NIH Consensus Statement)*, onde em 1991, pela primeira oportunidade, foi defendida a indicação para que os cirurgiões contassem com uma equipe multidisciplinar ou, ao menos, adotassem uma abordagem multidisciplinar na busca da otimização para o cuidado com os pacientes obesos mórbidos (PASSERI, 2016 *apud* MECHANICK et al., 2008).

Após, seguiram-se inúmeros trabalhos que apontam a importância do atendimento multiprofissional ao paciente obeso e candidato à realização da cirurgia bariátrica, de modo que, tanto nos períodos pré e perioperatórios, quanto no pós-operatório tardio, faz-se necessária a criação de equipes que avaliarão dados clínicos e, eventualmente, poderão inclusive sugerir ou modificar a técnica a ser utilizada.

Tanto tal questão é relevante, que o Ministério da Saúde indica na Portaria n. 424 de 19 de março de 2013 a necessidade de acompanhamento de equipe multiprofissional.

Atento a tal premissa médica, o próprio Conselho Federal de Medicina também aponta na Resolução Nº 2.131/2015 a necessidade da formação de uma equipe com capacidade para cuidar do paciente nos períodos pré e transoperatório e fazer o seguimento do mesmo.

Também por meio de resolução, o Conselho Federal de Medicina passou a reconhecer a cirurgia bariátrica como área de atuação. De acordo com a Resolução Nº 2.116/2015, a especialidade passa a ser vinculada à área de cirurgia do aparelho digestivo e cirurgia geral. Passa-se também a entabular a necessidade e possibilidade de residência médica nesta área, com previsão de duração de dois anos e com prévia necessidade do médico já possuir especialidade em cirurgia geral ou em cirurgia do aparelho digestivo.

A Resolução ainda aponta as indicações gerais e precauções a respeito do procedimento, necessidade de formação de equipe multiprofissional, delineando os procedimentos reconhecidos no Brasil, além de apontar suas indicações, contraindicações, complicações e outros fatores.

- A) ENDOSCÓPICOS

BALÃO INTRAGÁSTRICO — colocação de um balão intragástrico por via endoscópica, com cerca de 500 ml de líquido, objetivando diminuir a capacidade gástrica do paciente, provocando a saciedade e diminuindo o volume residual disponível para os alimentos. Método provisório: o balão deve ser retirado no prazo recomendado pelo fabricante.

INDICAÇÃO: adjuvante do tratamento de perda de peso, principalmente no preparo pré-operatório de pacientes com superobesidade (IMC acima de 50 kg/m²), com associação de patologias agravadas e/ou desencadeadas pela obesidade mórbida.

CONTRA-INDICAÇÕES: esofagite de refluxo; hérnia hiatal; estenose ou divertículo de esôfago; lesões potencialmente hemorrágicas, como varizes e angiodisplasias; cirurgia gástrica ou intestinal de ressecção;

doença inflamatória intestinal; uso de anti-inflamatórios, anticoagulantes, álcool ou drogas e transtornos psíquicos.

COMPLICAÇÕES: aderências ao estômago; passagem para o duodeno; intolerância ao balão, com vômitos incoercíveis; úlceras e erosões gástricas; esvaziamento espontâneo do balão; obstrução intestinal por migração do balão; perfuração gástrica; infecção fúngica em torno do balão.

B) CIRÚRGICOS NÃO DERIVATIVOS

BANDA GÁSTRICA AJUSTÁVEL — é uma prótese de silicone que, colocada em torno do estômago proximal, o faz ter a forma de uma ampulheta. O diâmetro interno da banda pode ser regulado no pós-operatório por injeção de líquido no reservatório situado no subcutâneo.

VANTAGENS: método reversível, pouco agressivo, permite ajustes individualizados no diâmetro da prótese, mínimas repercussões nutricionais. Sua retirada possibilita realizar outros procedimentos bariátricos. Não há secção e sutura do estômago. Baixa morbimortalidade operatória e retorno precoce às atividades habituais.

DESVANTAGENS: perda de peso que pode ser insuficiente a longo prazo; exige estrita cooperação do paciente em seguir as orientações dietoterápicas; riscos inerentes ao uso permanente de corpo estranho; inadequada para alguns pacientes, comedores de doce, portadores de esofagite de refluxo e hérnia hiatal volumosa; possibilidade de ocorrência de complicações a longo prazo, como migração intragástrica da banda, deslizamento da banda e complicações com o reservatório. Os resultados pobres e o alto índice de reoperação deixam a indicação desta técnica como exceção.

GASTRECTOMIA VERTICAL — a gastrectomia vertical (gastrectomia em manga, gastrectomia longitudinal) é um procedimento bariátrico do armamentário cirúrgico que possui aceitação global, com bons resultados em múltiplos centros em vários países. Funcionam com restrição gástrica, com remoção de 70% a 80% do estômago proximal ao antro, assim como outros mecanismos neuroendócrinos e fisiológicos associados. Como os demais procedimentos cirúrgicos bariátricos, deve ser realizada por equipes bem treinadas, com habilitação específica e suporte multidisciplinar adequado.

VANTAGENS: não exclui o duodeno do trânsito alimentar, portanto não interfere no sítio de absorção de ferro, cálcio, zinco e vitaminas do complexo B; pode ser transformada, em caso de insucesso, em qualquer outra técnica bariátrica regulamentada; permite o acesso às vias biliar e pancreática por métodos endoscópicos habituais.

DESVANTAGENS: método irreversível, que pode produzir complicações de alta gravidade e difícil tratamento, como a fístula junto a ângulo de Hiss (esôfago-gástrico), porém em baixa incidência; existem dados que demonstram perda de peso aceitável em longo prazo, melhor que a banda gástrica ajustável, porém menor que outros procedimentos derivativos.

- **C) CIRURGIAS DERIVATIVAS**

Cirurgias derivativas são aquelas que desviam o trajeto do alimento pelo tubo digestório e por diversos mecanismos de ação que incluem má absorção de gorduras e levam a perda ponderal significativa a longo prazo. Essas cirurgias têm efeitos independentes da perda de peso ao modificar a produção de hormônios gastrintestinais, cujos efeitos podem afetar a saciedade e a secreção de insulina pelo pâncreas, entre outros mecanismos, como alteração de secreção de ácidos biliares secundários e até modificação da flora bacteriana intestinal. Esse grupo de cirurgias compreende as diversas modalidades de derivação gástrica

com reconstituição do trânsito intestinal em Y de Roux e as derivações bílio-pancreáticas (à S “ w h”).

- **Cirurgia de derivação gástrica com reconstituição em Y de Roux sem ressecção gastrointestinal (bypass gástrico)**
Essa cirurgia tem inicial e transitório componente restritivo alimentar e modifica a produção de hormônios que modulam a fome e a saciedade. VANTAGENS: perda de peso adequada e duradoura, com baixo índice de insucesso; trata também a doença do refluxo gastroesofageano; apresenta taxas aceitáveis de complicações em longo prazo; é potencialmente reversível, embora com dificuldade técnica; apresenta bons resultados em termos de melhoria da qualidade de vida e doenças associadas. Essa operação também apresenta efeitos metabólicos independentes da perda de peso. Ocorrem modificações funcionais e hormonais do tubo digestório, com efeitos benéficos adicionais sobre o controle ou reversão das comorbidades metabólicas, em especial sobre o diabetes tipo 2.
DESVANTAGENS: tecnicamente mais complexa; acesso limitado ao estômago excluído e ao duodeno para métodos radiológicos e endoscópicos; passível de complicações, como deiscência de suturas; maiores chances de deficiências proteicas e anemia do que as cirurgias restritivas.
- **Derivações bileopancreáticas**
A) cirurgia de derivação bílio-pancreática com gastrectomia horizontal (cirurgia de Scopinaro); B) cirurgia de derivação bílio-pancreática com gastrectomia vertical e preservação do piloro (cirurgia de duodenal switch). Essas técnicas também apresentam efeitos independentes da perda de peso. Ocorrem modificações funcionais e hormonais do tubo digestório, com efeitos benéficos adicionais sobre o controle ou reversão das comorbidades metabólicas, em especial sobre o diabetes tipo 2 e a dislipidemia. VANTAGENS: há menor restrição da ingestão alimentar; são muito eficazes em relação à perda de peso e manutenção em longo prazo; o reservatório gástrico é completamente acessível aos métodos de investigação radiológica e endoscópica.
DESVANTAGENS: mais sujeitas às complicações nutricionais e metabólicas de controle mais complexo, tais como deficiência de vitaminas lipossolúveis, deficiência de vitamina B12, cálcio e ferro; desmineralização óssea; úlcera de boca anastomótica; aumento do número de evacuações diárias, com fezes e flatos muito fétidos.
- **CIRURGIAS EXPERIMENTAIS**
São consideradas experimentais ou em investigação aquelas técnicas realizadas sob protocolo de pesquisa, sob a supervisão de Comissões de Ética em Pesquisa (CEP) e/ou Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep). Essas operações devem seguir as regulamentações de pesquisas em seres humanos e obrigatoriamente estar registradas na Plataforma Brasil do Conep, e após essa fase deverão ser aprovadas na Câmara Técnica de Novos Procedimentos e Indicações do CFM, nos termos da Resolução 466/12 do CNS, da Resolução 1.499/98 e da Resolução 1.982/2012 do Conselho Federal de Medicina. Quaisquer propostas cirúrgicas que não sejam banda gástrica ajustável, gastrectomia vertical, derivação Y de Roux ou jejunoileal exclusiva ou parcial, não terão sua normatização estabelecida no CFM e no Conep e sob protocolos de investigação científica.
- **CIRURGIAS PROSCRITAS**
A derivação jejunoileal exclusiva (término-lateral ou látero-lateral ou parcial) está proscrita em vista da alta incidência de complicações metabólicas e nutricionais em longo prazo. As complicações ocorrem

pela grande quantidade de intestino desfuncionalizado, que leva a um supercrescimento bacteriano no extenso segmento intestinal excluído, provocando alta incidência de complicações digestivas como diarreia, cirrose, pneumatose intestinal e artrites. Pelo exposto, não mais devem ser realizadas.

Na medida em que inequivocamente se trata de procedimento extremamente complexo do ponto de vista médico, bem como considerando ainda o necessário envolvimento de equipe multiprofissional, o estudo da responsabilização civil do profissional pelos erros médicos ocorridos na cirurgia bariátrica torna-se ainda mais relevante.

Aponta-se, desde já, que a responsabilidade civil do médico que atua nas cirurgias bariátricas não difere substancialmente da responsabilidade dos demais médicos. Não há diferença, no plano jurídico, mas apenas no plano fático, decorrente da natureza especial da atividade, já que normalmente lida com pacientes em situação de saúde debilitada, inclusive emocional, conforme já se pontuou, bem como lidando com uma doença cada vez mais comum e que atualmente atinge proporções endêmicas.

Além do mais, há uma evidente relevância social e preocupação médica dado o elevado risco de doenças associadas ao sobrepeso e à obesidade, tais como diabetes, doenças cardiovasculares e alguns tipos de câncer.

3.2.1 Da Resolução Nº 2.131/2015 do Conselho Federal de Medicina

No dia 13 de janeiro de 2016, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução em epígrafe, especificando as comorbidades que poderão ter indicação para a realização da cirurgia bariátrica a pacientes com índice de Massa Corporal (IMC) maior que 35 kg/m².

A Resolução aponta que a obesidade é doença cada vez mais comum, cuja prevalência já assume proporções epidêmicas. Indica ainda a grande preocupação médica, com o risco elevado de doenças associadas ao sobrepeso e à obesidade (comorbidades), exemplificando com o diabetes, doenças cardiovasculares (DVC) e alguns cânceres. Assumindo o caráter essencial no tratamento preventivo, o Conselho ainda salienta ser importante o conhecimento das comorbidezes (coexistência de transtornos e doenças) mais frequentes na busca do

diagnóstico precoce, na prevenção e tratamento dessas condições, e para identificar os pacientes que possam se beneficiar com a perda de peso.

O Conselho Federal de Medicina também reconhece que o avanço do conhecimento científico já permite identificar a cirurgia bariátrica como forma eficaz de tratamento da obesidade mórbida a curto e longo prazo, indicando ainda que o conhecimento dos mecanismos de funcionamento das operações atualmente é mais clarividente.

Com tal Resolução, o Conselho inclui modificações nas faixas etárias dos candidatos, no tempo de tratamento da enfermidade, na classificação dos procedimentos, na justificativa científica de cada técnica já regulamentada à luz dos conhecimentos atuais e na definição do significado dos procedimentos experimentais e proscritos em cirurgia bariátrica.

O teor do Anexo da Resolução CFM Nº 2.131/2015 permite a constatação segura de que existe um rol de procedimentos que deve ser estritamente observado pelos médicos, sob pena de erro médico e responsabilização civil, caso o paciente experimente algum prejuízo e seja comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do profissional e o dano. Não se trata de rol exaustivo, mas certamente externa a diretriz segura para realização de tal procedimento.

É certo que o sucesso da intervenção cirúrgica e do procedimento médico detalhadamente narrado na Resolução, bem como o fim almejado pelo paciente, não depende exclusivamente da vontade, do esforço do médico, da diligência e do zelo desse profissional.

Obviamente existem inúmeros outros fatores que devem ser considerados, dentre os quais o progresso, o estágio da ciência médica e os recursos disponíveis para um melhor atendimento do paciente assumem papéis importantes, além da própria observância pelo paciente das recomendações médicas.

Por tais razões é que se sustenta que a obrigação do profissional médico, *a priori*, é de meio, onde o médico não assume o comprometimento de curar, mas tão somente de proceder de acordo com as regras e os métodos específicos da sua área de atuação.

É certo que os riscos à vida em procedimentos ligados à cirurgia bariátrica são consideráveis, dado o estágio da condição de saúde em geral do paciente. Esse

risco existe, mas não somente por ocasião do ato cirúrgico, como também no período pós-operatório.

Desta forma, a obrigação do profissional médico é, além de seguir a risca a Resolução em comento e as outras normas específicas aplicáveis à cirurgia bariátrica, desempenhar seu ofício com diligência, prudência e de forma técnica, aplicando todo o conhecimento e experiência que possui, utilizando-se de todos os equipamentos e instrumentos que o atual estágio da ciência lhe proporcione e que estejam ao seu alcance, tudo com o escopo de coroar de êxito o procedimento.

Fatalmente os riscos existem. Assim, caberá ao médico alertar o paciente, sua família e quem mais estiver envolvido no procedimento, cientificando, inclusive, toda a equipe de profissionais envolvidos no procedimento, utilizando-se do termo de consentimento informado.

A responsabilidade civil do profissional exsurgirá se não aconselhar o paciente sobre a excepcionalidade do procedimento, os riscos inerentes a ele e as providências que necessariamente tem que ser tomadas pelo paciente.

Frise-se que este aconselhamento deverá ser amplo, de linguagem fácil e acessível a quem recebe tais informações. Necessário salientar que dada a complexidade do procedimento, a cirurgia apenas deve ser realizada mediante prévio consentimento do paciente, que deverá ser precedido de todas as informações necessárias por parte do profissional.

A ausência desta documentação e do consentimento expresso do paciente, inequivocamente sujeitam o médico ao dever de indenizar, em caso de insucesso do procedimento. Uma vez ausentes os procedimentos administrativos e prévios é certo que a obrigação do profissional poderá ser considerada de resultado, situação que leva uma apreciação judicial muito mais rigorosa no que tange a responsabilização civil, conforme se analisará no decorrer deste trabalho.

3.2.2 Da Portaria Nº 424/2013 do Ministério da Saúde

O Ministério da Saúde editou e fez publicar em 19 de março de 2013 a Portaria em epígrafe, que “redefine as diretrizes para a organização da prevenção e do tratamento do sobrepeso e obesidade como linha de cuidado prioritária da Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas”.

Há o claro reconhecimento, assim como na Resolução do CFM mencionada acima, de alguns fatores importantíssimos a respeito da obesidade. Em especial, destacam-se alguns expressamente constantes no texto da norma:

- A obesidade é uma condição crônica e um fator de risco para outras doenças e uma manifestação de insegurança alimentar e nutricional que acomete a população brasileira de forma crescente em todas as fases do curso da vida;
- A necessidade de garantir nos serviços de saúde a infraestrutura, bem como mobiliário e equipamentos adequados para o cuidado dos indivíduos com obesidade;
- Referenciais dos Cadernos de Atenção Básica, do Guia Alimentar para a população brasileira, dos materiais de apoio do Programa Academia da Saúde e do Programa Saúde na Escola para fortalecimento da promoção à saúde e da prevenção do sobrepeso e da obesidade e qualificação do cuidado desses usuários no âmbito do SUS; e
- A necessidade de ações de promoção e proteção da alimentação adequada e saudável que incluem a educação alimentar e nutricional e a melhoria da qualidade nutricional, o controle e a regulação de alimentos.

Desta forma, a Portaria indica organização das ações e serviços de prevenção e tratamento do sobrepeso e obesidade na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas apresentando uma série de diretrizes que, caso inobservadas, sujeitam também o médico à responsabilização civil.

Verifica-se, então, que existem, indubitavelmente, procedimentos médicos expressos que demandam observância estrita e absoluta.

3.3 BREVE HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A definição de responsabilidade civil evidencia a ideia de restauração do equilíbrio, contraprestação e de reparação de danos. Certamente tem como sua fonte geradora o desequilíbrio acarretado pelo dano experimentado pela vítima. Esta noção advém da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, significando responder alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos (STOCO, 2014).

Trata-se de imposição necessária, estabelecida através de um meio social regrado que, por meio dos integrantes da sociedade, impõe a todos o dever de responder por seus atos, traduzindo a própria noção de justiça. Revela-se, em verdade, como característica inarredável da natureza humana.

Partindo-se da antiguidade, verificou-se a necessidade de regramento por meio de normas jurídicas a reparação de prejuízos experimentados por indivíduos em decorrência da ação ou da omissão de outros, com o fito de se estabelecer a ordem na sociedade, na busca de manter-se uma convivência mansa e pacífica.

Neste aspecto, considerando a evolução da responsabilidade civil, destaca-se que sua definição e avanço apresenta característica pluridimensional, já que sua expansão ocorreu em relação à sua história, fundamentos, extensão ou área de incidência, considerando o número de pessoas responsáveis e fatos que ensejaram sua aplicação, além de relacionar-se também à profundidade ou densidade, sob a ótica da exatidão de reparação (DINIZ, 2005).

DIAS (2012) leciona afirmando que nos primórdios da civilização humana, o que imperava era a vingança coletiva, de sorte que se dava pela reação conjunta do grupo contra o agressor, em virtude da ofensa a um de seus integrantes. A responsabilidade era então coletiva, atingindo os membros do grupo, clã, família, tribo, independentemente da determinação ou não do verdadeiro autor do dano.

Situações que geravam prejuízos ou danos eram resolvidas através da reparação do mal pelo mal, de forma que ao indivíduo que experimentava o dano era dada à possibilidade de impor ao causador do mesmo uma pena que correspondesse ao sofrimento ou ao prejuízo causado. Evidentemente tratava-se da aplicação da chamada Lei de Talião, que os romanos consagraram como regra jurídica, considerando que existam traços dela na Lei das XII Tábuas (Tábua VIII, 2ª Lei) (LIMA, 1999). Com o passar do tempo, a responsabilização passou então a ser verificada e o responsável pelo ato danoso passou a ser individualizado.

Neste período a responsabilidade assumia um caráter essencialmente repressivo, considerando que o objetivo era apenas a punição, não se cogitando em qualquer preocupação reparadora ou ainda a verificação da existência ou não de culpa na conduta do causador do dano.

A vingança privada, em verdade, não resolvia o dano, vez que por meio dela não havia reposição alguma da vítima à posição que existia antes do advento do evento danoso. Pelo contrário, à vítima era dada a autorização para gerar outro dano, de sorte que este era multiplicado, já que em prejuízo do bem comum, onde antes apenas existia um dano, passavam a existir dois (DIAS, 2012).

Posteriormente, avançou-se no sentido da possibilidade de composição entre as partes envolvidas no evento danoso, de sorte que originando-se desta

forma primitiva de responsabilidade, passou-se a admitir o recebimento de um resgate (poena), consistente em soma em dinheiro, ou a entrega de objetos como forma de substituição à pena, ficando à critério da vítima a escolha da forma em que se daria a reintegração do dano sofrido (LIMA, 1999).

Originou-se então a chamada composição obrigatória, sem ainda alusão específica a um princípio geral de responsabilidade civil, nem tampouco a qualquer ideia ou noção da avaliação da culpa do agente pelos prejuízos causados. Evolui-se assim da justiça que visava exclusivamente uma punição, para a justiça distributiva, de modo que houve uma passagem da natureza essencialmente repressiva para uma finalidade indenizatória (NORONHA, 2003).

Com o passar do tempo, passou a existir a responsabilidade pelo dano daquele que, sem direito ou escusa, gerasse prejuízo à propriedade alheia, em especial com o advento da chamada *Lex Aquilia*, dando origem ao “*dammum injuria datum*”, que, na prática, representou o início do dever de reparar prejuízos, muito embora contivesse especificações em relação a ocorrência de casos concretos (GOMES, 2000).

Evidentemente em razão da nomenclatura dada à esta lei é que atualmente se fala em responsabilidade aquiliana em contraposição à responsabilidade contratual ou negocial. A partir do advento desta lei é que se introduziu a noção a respeito do elemento subjetivo como fonte da responsabilidade civil.

DIAS (2012, p. 33) sintetiza a evolução da responsabilidade civil com a precisão que lhe é peculiar:

[...] da vingança privada ao princípio de que a ninguém é lícito fazer justiça com as próprias mãos, à medida que se afirma a autoridade do Estado; da primitiva assimilação da pena com a reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por insinuação do elemento subjetivo da culpa, quando se entremostra o princípio *nulla poena sine lege*. Sem dúvida, fora dos casos expressos, subsistia na indenização o caráter da pena. Mas os textos autorizadores das ações de responsabilidade se multiplicaram, a tal ponto que, no último estágio do direito romano, contemplavam, não só os danos materiais, mas também os próprios danos morais.

Esta evolução iniciada no direito romano foi retomada na Europa no final da Idade Média, quando materializada a separação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal (MAZEAUD et MAZEAUD, *apud* DIAS, 2012).

Nesta fase a ideia de culpa foi então incorporada à responsabilidade civil, desenvolvendo este advindo dos canonistas (RIPERT, 2000). A culpa relacionava-se à ideia de pecado, já que pré-existente a grande influencia do Cristianismo sobre o sistema romano. No entanto, o diploma que consagrou a ideia da culpa na responsabilidade civil, estabelecendo que todo indivíduo que causasse algum dano por sua culpa seria obrigado a repará-lo, foi o Código de Napoleão de 1804 (LIMA, 1999). Daí então se originou o princípio geral da responsabilidade civil que, em análise extremista e obviamente superada, permitia a afirmação de que não há responsabilidade sem culpa.

No entanto, mesmo considerando que para desencadear a responsabilidade civil a verificação da culpa passou a ser necessária, neste período bastava a constatação de qualquer culpa, de modo que tivesse o indivíduo vontade de causar o dano (culpa delitual) ou tivesse agido com mera imprudência, negligência ou imperícia (culpa quase-delitual), a responsabilização seria exatamente a mesma.

Neste sentido, LIMA (1999) lecionando e advertindo a respeito das várias possibilidades a respeito do tema, definiu culpa como “um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.” A bem da verdade é a reprovação moral imputada ao agente do evento danoso por não ter evitado a ocorrência do dano, imputando a ele a ausência de cautelas que poderia e deveria ter tomado. É a análise central advinda da verificação do ato e da consciência do agente, de modo que a significação de responsabilidade foi então assimilada pela ideia de culpabilidade (DIAS, 2012).

Amparada nesta concepção, de fundamento eminentemente individualista e liberal, o Código Civil Brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916, atualmente revogado), definiu a fonte do dever de indenizar, prelecionando em seu artigo 159 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” É certo que por este sistema a regra evidenciava que apenas quando surgisse a prática do ilícito é que ficaria constatada a responsabilidade civil, de sorte que ato ilícito, por sua vez, pressupunha que a efetiva lesão a um direito ocorra, seja ele real ou personalíssimo e que este ato tenha violado algum preceito legal, que tutele o interesse danificado.

Na construção da responsabilidade no direito brasileiro, tem-se por certo que o legislador brasileiro optou pela distinção entre a responsabilidade contratual da extracontratual, reproduzindo a maioria dos códigos antigos neste aspecto. No entanto, com a evolução da sociedade, a ideia clássica e teórica da responsabilidade civil passou então a ser insuficiente e inapta para garantir às vítimas de eventos danosos a integral reparação do prejuízo experimentado.

É evidente que a sociedade evoluiu, de modo que o surgimento de novos inventos mecânicos externou a ocorrência de fatos jurídicos novos, aumentando o confronto de direitos, em especial a ocorrência de lesão aos indivíduos. Neste aspecto, a Revolução Industrial contribuiu inclusive para a formação de grandes grupos populacionais, também aumentando a ocorrência de eventos danosos e uma dificuldade cada vez maior de se identificar quem seria exatamente o sujeito responsável pelos resultados danosos, ante a ausência de culpa de quem quer que fosse.

Considerando então as inúmeras atividades exercidas pelo homem, constata-se que algumas não oferecem perigo (como, em geral, os afazeres domésticos, certas práticas de lazer, atividades intelectuais e burocráticas), sendo que outras, ao revés, apresentam-se como geradoras de riscos à vida, à saúde, e a outros valores protegidos pelo direito, seja em função de sua natureza ou em razão dos meios utilizados por ela. Acrescida ao fomento industrial e tecnológico, esta temática reveste-se de fundamental importância, já que cada vez mais o homem vê-se em sua faina diária, comprimido por máquinas e por aparatos tecnológicos, que, desde a Revolução Industrial, vem produzindo um contínuo aumento dos riscos à existência e aos bens maiores dos seres humanos e da sociedade (STOCO, 2014).

Por consequência, certamente foi necessária a ampliação da área de atuação da responsabilidade civil, buscando-se a reparação das vítimas de danos, a qual, edificada à luz da noção de ato ilícito e inspirada na ideia de transgressão consciente de um dever jurídico, passou a encontrar aplicação fora do campo do “maquinismo”, abrangendo então o simples exercício de atividades perigosas, com fundamento no risco intrínseco a elas (BITTAR, *apud* STOCO, 2014).

Esta revolução da responsabilidade civil contou ainda com significativo fator propulsor, consistente na crescente valorização do ser humano, no sentido de ser efetivada e concretizada a proteção de seus direitos pelos ordenamentos jurídicos vigentes. Por esta razão é que passava a ser inadmissível a exclusão da

tutela das inúmeras lesões no conceito e proteção de responsabilidade civil pela ausência da prova de culpa. Passou-se então a aceitar que o dever de reparar o dano e indenizar a vítima pudesse advir sem qualquer questionamento subjetivo, de modo que seria desnecessária qualquer indagação moral sobre a conduta praticada ou sobre a condição do agente causador do dano.

Neste aspecto, passou então a existir espécie de responsabilidade civil onde seria dispensada a demonstração e culpa do agente, bastando, em específico, que a vítima demonstrasse o nexo de causalidade entre a conduta tomada pelo agente com o prejuízo experimentado. Eis então a chamada responsabilidade objetiva. Ocorre que o legislador brasileiro passou então a consagrar a teoria da culpa, mas, por outro lado, nem por isso deixou de abrir exceção a este princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa, em descompasso com as legislações mais modernas da época (LIMA, *apud* Dias, 2012).

Neste específico aspecto, as conclusões de LISBOA (2002, p. 39) permitem afirmar que a criação da responsabilidade objetiva significou profundo avanço na tutela dos interesses dos indivíduos, destacando que:

A objetivação moderna da responsabilidade tornou possível uma proteção individual real e mais efetiva, além de representar um avanço considerável para a tutela coletiva e difusa por danos transindividuais, ora sob uma visão pós-modernista, em virtude das atividades profissionais destinadas às massas, diante do avanço tecnológico, dos meios de transporte e de comunicação e do fenômeno da globalização.

Não bastasse algumas legislações esparsas que adotaram a teoria da responsabilidade sem culpa em franco reforço ao Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), evidenciou grande avanço para a consagração da nova corrente de responsabilidade, adotando a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos comissivos de seus agentes públicos, estabelecendo no § 6º do artigo 37 a desnecessidade de demonstração de culpa para obrigação de indenizar, em razão da amplitude de sua atuação face à sociedade.

Tal artigo é exposto no sentido de determinar a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, considerando que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

A evolução tecnológica e as profundas modificações socioeconômicas ocorridas a partir do marco inicial da Revolução Industrial, evidenciaram uma clara necessidade de intervenção estatal mais dominante sobre as relações privadas, de modo que surgiram então novas concepções para os principais institutos jurídicos, aí incluída a responsabilidade civil e sua respectiva aplicação, com a desnecessidade de comprovação de culpa.

Neste aspecto, essencial importância foi a criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 (BRASIL, 1990), diploma que nasceu por expressa determinação constitucional, já que o constituinte de 1988 alçou a defesa do consumidor a *status* constitucional, inserindo-a nos direitos e garantias fundamentais, por meio do artigo 5, inciso XXXII (BRASIL, 1988). O constituinte também regulou os princípios que devem reger a ordem econômica, incluindo também a defesa do consumidor como postulado a ser respeitado. Além disso, nas Disposições Constitucionais Transitórias, mais especificamente no artigo 48, o legislador constituinte determinou ao legislador ordinário a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, legislação então que atendeu aos anseios históricos de proteção.

Novamente servimo-nos da lição doutrinária de LISBOA (2002, p. 19), que afirma que a regra da responsabilidade civil sem culpa ampliou a concepção de reparação integral, especificando que

Ao consolidar a regra da responsabilidade civil sem culpa do fornecedor, exceção feita aos casos que consigna, a Lei n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), nada mais fez senão ampliar a concepção de reparação do dano pelo simples fato do prejuízo existir. Tal diretriz, de origem remota, foi obviamente adaptada à realidade sócio-jurídica contemporânea que em muito difere daquela existente no direito primitivo. O direito primitivo se assentava nos princípios da justiça retributiva e da vingança. O direito atual deve se fundar na justiça distributiva e na dignidade humana, procurando-se outorgar a efetiva igualdade de condições às partes, em uma relação jurídica.

No mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro vigente (BRASIL, 2002), tratou especificamente da responsabilidade civil objetiva, estabelecendo no parágrafo único do artigo 927 que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

A responsabilidade civil firmou-se então como exigência social com o fito precípua de promover a reparação dos danos sofridos injustamente pelas vítimas, de forma independente da apreciação dos fatores subjetivos do seu causador. Antes lastreado na conduta voluntária do agente, o enfoque atual da responsabilidade civil transfere-se para a reparação efetiva das vítimas, de sorte que a apreciação da voluntariedade da conduta do agente e de sua ilicitude perde relevo para comprovação efetiva do dano e do seu nexo causal com o fato ou o ato que o acarretou.

3.3.1 Evolução da responsabilidade civil médica

É certo que as doenças e as dores nasceram com o próprio ser humano, de sorte que concomitantemente a esta constatação originou-se também a busca de soluções e meios necessários para alcançar-se a cura e a superação dos malefícios da saúde.

As primeiras atividades neste sentido não direcionavam as atenções propriamente aos estudos das patologias, mas essencialmente à busca da cura, por meio da predominância do empirismo. Receitavam-se determinadas ervas como remédio para alcançar a cura da dor ou utilizava-se determinada forma de imobilização para solidificar uma fratura. Pessoas curiosas ou observadores pautavam-se em uma experiência concreta, de sorte que se destacavam como expertos, recebendo essas qualificações da comunidade que estavam inseridos ou assim se autodenominavam (MELO *apud* KFOURI NETO, 2014).

Tais pessoas eram vistas como dotados de poderes sobrenaturais, distinguindo-se dos demais componentes do grupo a que pertenciam, já que não se imaginava que poderiam ser iguais aos outros homens, pois existia o respeito e a confiança nas suas atividades. Além disso, a eficácia de seus procedimentos dependia de estarem envoltos em uma aura de mistério que impressionava o grupo social. Assim, viviam de forma diferente dos demais, sendo suas roupas, comidas e o próprio sistema de vida diferenciado dos demais integrantes da comunidade (CASTRO, 2005).

O contexto histórico permite o afastamento da ideia de que apenas atualmente os profissionais da saúde são cobrados pelos danos decorrentes da prática das suas atividades, tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista moral.

As práticas médicas possuem registros na mais remota antiguidade. No entanto, o primeiro documento histórico que tratou especificamente do chamado erro médico foi o Código de Hamurabi, que impunha ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício de sua profissão, sob pena de sofrer severas perdas que podiam significar, inclusive, a amputação de sua mão, caso ocorresse imperícia, por exemplo (MELO, 2014). Referido código dedicou nove artigos à atividade médica e às obrigações dela decorrentes, de sorte que suas penas eram demasiadamente rigorosas (PANASCO, 1984).

Em Roma por meio da *Lex Aquilia* já encontrava-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, com a previsão de pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional. Assim, há mais de 1.500 anos já se cogitava da imperícia do médico, tornando-o responsável pelos danos que viesse a causar por ausência de habilidade ou conhecimentos. Com o passar do tempo, a arte de curar passou a ser mais considerada, ocorrendo uma elevação cultural, jurídica e sanitária da medicina, com a transição da Roma Republicana para a Roma Imperial, de sorte que alcançou-se a dignidade da profissão, anteriormente reconhecida apenas com honradez, sem prejuízo da imputação de penas graves. Organizou-se cursos, sendo codificado um sistema para a proteção da saúde pública e higiene social, nascendo também nesta ocasião a especialização médica, com o surgimento dos primeiros clínicos gerais (KFOURI NETO, 2013).

No Egito, dada a sua condição de elevação social, os médicos eram muitas vezes confundidos com sacerdotes, de modo que se respeitassem as regras, mesmo que o paciente viesse a morrer, não eram punidos. Havia escritos contendo as regras de obediência obrigatória, sendo que caso os médicos seguissem à risca estes preceitos eram eximidos de qualquer interpelação judicial. No entanto, caso contrário, eram punidos com a morte qualquer que fosse o resultado da doença. Os problemas de saúde eram considerados de interesse público e social. Por esta razão existiam normas que preconizavam a higiene nas habitações, puericultura (saúde das crianças), venda de carnes para consumo, sepultamento de cadáveres, dentre outras questões (KFOURI NETO, 2013 *apud*

PANASCO, 1984). A figura do médico era de relevância ímpar, o que implica dizer que desde que respeitasse as premissas e regras básicas, não haveria qualquer punição, mesmo que o paciente viesse a óbito.

No entanto, foi com os gregos que a medicina se tornou forma de ciência e passou a sustentar explicações racionais das doenças, bem como as formas técnicas de cuidados, se afastando da antiga concepção mágica que a cercava, chegando-se a uma compreensão racional de suas origens (FOSTER, *apud* PANISA, 2006).

O primeiro estudo no campo da medicina foi encontrado então na Grécia antiga e tratava do *Corpus Hippocraticum*, com construção filosófica aristotélica, contendo noções de medicina não somente de forma empírica, mas sustentada por elementos racionais e científicos, não descuidando-se, no entanto, dos elementos deontológicos da arte de curar (KFOURI NETO, 2013). Já se cogitava nesta época que a responsabilidade do médico deveria ser avaliada por pessoa perita na matéria e por um conjunto de outros médicos, o que de fato originou-se a função do perito judicial dos tempos atuais.

Com base nos fundamentos adotados pelas regras do Egito, na Grécia chegou-se a admitir a culpa médica quando preenchidos dois requisitos, a saber, a morte do paciente e a desobediência às prescrições e regramentos da atividade sanitária. Entrementes, existiam numerosos insucessos no exercício da medicina, de sorte que adotaram-se também penas severas para os profissionais mal sucedidos, como trabalho forçado, chibatadas, fraturas e até mesmo a crucificação (KFOURI NETO, 2013).

Mas esse cenário modificou-se com o passar do tempo, de sorte que surgiram universidades e o progresso da ciência passou a ser mais evidente e palpável. KFOURI NETO (2013, p. 61) sintetiza esse momento histórico, ensinando que:

Com o passar dos séculos, entretanto, as coisas principiaram a melhorar, seja pelo surgimento de universidades (século XIII), nas quais os estudantes, quando terminavam seus estudos, obtinham uma espécie de láurea, que representava reconhecimento público da preparação e da capacidade profissional ameadada; e também porque surgiram, no início do ano de 1300, bem organizadas corporações de médicos que, fortalecidos pela quantidade e pela união entre seus membros, começavam a obter várias formas de proteção legal.

O progresso da ciência, conexo com o desenvolvimento das especulações filosóficas, fez com que os médicos não se limitassem a aprofundar seus estudos no campo da anatomia e dos fenômenos patológicos, mas

ampliassem o campo de saber na área das letras e da filosofia, embasando de forma mais adequada e racional a atividade de diagnóstico e cura. A medicina perdia continuamente seu caráter empírico do passado, para transformar-se em ciência pura, seguindo-se daí uma avaliação racional do erro e da culpa dos profissionais. Uma atividade tão importante e delicada não poderia ser relegada apenas ao setor privado – por isso lentamente, mas de maneira sempre mais aguda, o Estado prosseguia regulamentando a área da saúde, conferindo-lhe natureza publicística.

Com efeito, a medicina progrediu e acompanhou a evolução da sociedade. Os significativos avanços e os progressos científicos e tecnológicos da ciência médica evidenciam atualmente um aumento quantitativo e qualitativo dos recursos disponíveis aos profissionais da área, de modo que ampliam-se as fontes de conhecimento, possibilidades de cura e prolongamento da vida útil.

A tais fatos acresce-se ainda o próprio desenvolvimento revolucionário da ciência médica, com a criação de novos medicamentos, novas técnicas e equipamentos que possibilitam aos profissionais maior controle sobre a vida e a morte do paciente. Não obstante, por outro lado, externam também o aumento de riscos de erros que podem decorrer de inúmeros fatores (MELO, 2014).

Tais ponderações permitem a afirmação segura a respeito da necessidade de estudo aprofundado a respeito da responsabilidade civil dos médicos, já que as possibilidades e vertentes são praticamente ilimitadas, de sorte o estudo deverá versar tanto a respeito do aspecto contratual, quanto a constatação da culpa e do risco, além das excludentes aplicáveis à espécie.

Com efeito, como pedra angular de toda esta evolução histórica da responsabilidade civil, em especial na relevante seara médica, está na caracterização precisa da modalidade de obrigações do contrato celebrado entre os referidos profissionais e os pacientes envolvidos.

Não por outra razão que o Código Civil vigente (BRASIL, 2002) encampou as previsões de seu antecessor, prevendo agora, inclusive, a possibilidade de postulação por indenização em decorrência da negligência, imprudência ou imperícia dos profissionais da área da saúde.

Este é o exato teor do artigo 951, que prevê que para a verificação da responsabilização civil “aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

3.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Toda atividade que acarreta prejuízo, traz consigo, como fato social, o problema de responsabilidade. Tal instituto tem como escopo claro a restauração do equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Assim, constitui como fonte geradora de responsabilidade civil o interesse no restabelecimento da harmonia e do equilíbrio pelo dano provocado pelo agente (GONÇALVES, 2009).

A bem da verdade o termo “responsabilidade” é empregado em qualquer situação em que uma pessoa (natural ou jurídica) tem o dever legal de responder pelas consequências de um ato, fato ou negócio danoso, praticado por si próprio ou por pessoa que está sob sua responsabilidade. Logo o instituto da responsabilidade civil abrange todo o conjunto principiológico e as normas que regem a obrigação de indenizar (VENOSA, 2002). Assim, trata-se então de toda normatização oriunda do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e demais legislações específicas à determinado segmento.

A responsabilidade civil é, portanto, o ato de responder alguma coisa, ou seja, a necessidade de responsabilizar alguém por seus atos danosos (STOCO, 2014). Este conceito não se destaca de tantos outros, como por exemplo a afirmação de que a responsabilidade civil nada mais é do que o dever de indenizar o dano, que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão (HIRONAKA, 2000).

É singelamente considerando como o dever de reparar um dano sofrido por alguém ou, de forma mais completa, a “situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências estas que podem ou não estar previstas” (DIAS, 2012).

STOCO (2014) leciona afirmando que o instituto jurídico que mais se aproxima da responsabilidade civil é a teoria das obrigações, enfatizando que todos os vocábulos cognatos exprimem a ideia de equivalência entre contraprestação e correspondência, de sorte que singelamente pode-se considerar a responsabilidade no sentido da repercussão obrigacional de toda atividade exercida pelo ser humano.

Já RODRIGUES (2007, p. 6) conceitua a responsabilidade ensinando com perfeição que:

A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causada por outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Realmente, o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade procura cobrir.

Novamente VENOSA (2002, p. 04), leciona com precisão que o estudo da responsabilidade civil é parte integrante, em verdade, do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos experimentados situação subsequente à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito, salientando ainda que:

A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores, etc. Também a responsabilidade reporta-se ao sentido de capacidade: o amental, por exemplo, a princípio não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o vigente o Código lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada. Em nosso estudo, interessa a responsabilidade de alguém como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, como violação de direito na dicção do presente Código, o que acarreta reflexos jurídicos. Na realidade, o que se avalia geralmente em matéria de responsabilidade é uma conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar.

Assim, os princípios orientadores da responsabilidade civil que fundamentam sua conceituação tem por escopo principal a busca da restauração do equilíbrio patrimonial e moral que fora violado por ação ou omissão. Decorre da inobservância de um dever geral de não causar danos ou prejuízos a outrem, de sorte que caso não seja tal dano reparado haverá uma inquietação social. Por esta razão é que sustenta-se que todas as pessoas tem o direito à preservação de suas esferas jurídicas, de forma que, existindo então violação deste direito, surge ao responsável o dever de reintegrar a situação anterior (*status quo ante*).

Assim, impende identificar se aquela conduta danosa reflete na obrigação de indenizar, já que existem situações específicas que, muito embora inegável o dano experimentado, não haverá qualquer dever reparatório. Essa constatação advém premissa básica no sentido de não se confundir lesão, ofensa a interesses ou direitos de terceiros, com ato jurídico ilícito ou antijurídico, de forma que esta diferenciação é essencial.

Importa esclarecer que existem atos que, muito embora danosos, são considerados lícitos, *verba gratia* aqueles praticados em estado de necessidade, legítima defesa ou em exercício regular de um direito próprio. São atos autorizados por lei e ao agente está permitida a prática do ato, de modo que fique dentro dos limites da permissão, sem que incorra na prática de ato ilícito. Verifica-se então a função específica da responsabilidade civil, consistente na transferência da repercussão do fato danoso de um patrimônio para outro, resguardada a ocorrência de pontos legais justificadores da conduta danosa.

Como pressupostos mínimos para a ocorrência da responsabilidade civil tem-se o agente que infringe a norma legal, a vítima desta infração, o nexo causal entre a conduta do agente e a irregularidade e o prejuízo ocasionado, que correspondente ao dano propriamente dito, que será o objeto de reparação, tanto quanto possível, restabelecendo a vítima ao *status* anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial.

Além do caráter reparatório consistente no restabelecimento da situação existente antes da ofensa, é certo que de forma secundária, a responsabilidade civil também assume a função sancionatória, tal como ocorre na responsabilização criminal, com a imposição de pena para retribuição da prática do ato ilícito.

No entanto, a distinção da responsabilidade civil da responsabilidade penal é evidente e, nos dizeres de RODRIGUES (2007, p. 8):

Num e noutro caso, encontra-se, basicamente, infração a um dever por parte do agente. No caso do crime, o delinquente infringe uma norma de direito público e seu comportamento perturba a ordem social; por conseguinte, seu ato provoca uma reação do ordenamento jurídico, que não pode se compadecer com uma atitude individual dessa ordem. A reação da sociedade é representada pela pena. Note-se que, na hipótese, é indiferente para a sociedade a existência ou não de prejuízo experimentado pela vítima.

No caso do ilícito civil, ao contrário, o interesse diretamente lesado, em vez de ser o interesse público, é o privado. O ato do agente pode não ter infringido norma de ordem pública; não obstante, como seu procedimento causou dano a alguma pessoa, o causador do dano deve repará-lo. A reação da sociedade é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano. Todavia, como a matéria é de interesse apenas do prejudicado, se este se resignar a sofrer o prejuízo e se mantiver inerente, nenhuma consequência advirá para o agente causador do dano. É possível que o ato ilícito, pela sua gravidade e suas consequências, repercuta tanto na ordem civil como na penal. De um lado porque ele infringe norma de direito público, constituindo crime ou contravenção; de outro, porque acarreta prejuízo a terceiro. Neste caso, haverá dupla reação do ordenamento jurídico, impondo a pena ao delinquente, e acolhendo o pedido de indenização formulado pela vítima.

O panorama mencionado pelo autor acima é o reflexo do artigo 935 do Código Civil (BRASIL, 2002), onde há a previsão de que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Assumindo caráter reparatório e sancionatório, é certo também que a responsabilidade civil também possui traços de caráter preventivo, dissuasivo e educativo, já que a existência da obrigação de reparar danos traduz-se em verdadeiro incentivo para que se busque, a todo custo, evitar que surjam outros danos.

O enfoque deste trabalho é, portanto, a responsabilidade civil prestada pelo médico profissional liberal, mas, de todo modo, convém delinear também, de maneira sucinta, que a responsabilidade civil do Estado e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, é objetiva, sendo irrelevante a apuração da culpa, tendo sido acolhida a teoria do risco administrativo pela carta magna.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) assim disciplina a responsabilidade da administração pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Desta forma a responsabilidade de hospitais, planos de saúde e clínicas médicas é objetiva, prescindindo da demonstração da culpa do estabelecimento, como demonstrado pelo artigo 932, inciso III, e artigo 933, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Entretanto, mister averiguar se houve falha no serviço prestado pelo médico integrante do corpo clínico, de modo que o nosocômio só será responsabilizado caso reste demonstrado o erro de médico por parte daquele que integra seu quadro de profissionais.

Para que emergja a responsabilidade civil de hospitais e operadoras de plano de saúde, faz-se assim necessária a comprovação do efetivo defeito na prestação de serviço, sem o qual não subsistirá nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso.

CAVALIERI FILHO (2012, p. 528), leciona que a comprovação do nexo de causalidade é indispensável, independentemente da premissa básica de desnecessidade de comprovação da culpa:

Mesmo na responsabilidade objetiva, é indispensável o nexo causal. Esta é a regra universal, quase absoluta, só excepcionada nos raríssimos casos em que a responsabilidade é fundada no risco integral, o que não ocorre no Código do Consumidor. Inexistindo relação de causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade (...). Essa é a razão das regras dos artigos 12, §3º, e 14, § 3º, do Código do Consumidor, porquanto em todas as hipóteses de exclusão de responsabilidade ali mencionadas, o fundamento é a inexistência do nexo causal. Caberá ao fornecedor, entretanto, o ônus da prova quanto à ocorrência de alguma causa de exclusão de sua responsabilidade”

Nesta toada, o Colendo Superior Tribunal de Justiça¹, em mais de uma oportunidade, assentou que na hipótese de erro médico deve ser provada a culpa do causador direto do dano, para a responsabilidade se estender ao hospital. Nesse exato sentido tem-se decisão lapidar:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1- A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2- Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3- O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que

¹ Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902393927&dt_publicacao=03/09/2013>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4- Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido". (STJ, REsp nº 258.389/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 16/06/2005)

Assim, o Estado responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Os elementos da responsabilidade civil do Estado são, desse modo, a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre a atuação do agente público e o dano causado, mas, como supramencionado, este não é o escopo principal do presente trabalho.

3.4.1 A responsabilidade no Código Civil

O Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) trata a responsabilidade civil em vários artigos, não necessariamente de forma ordenada, estando tal instituto regrado tanto na parte geral do *codex*, quanto na parte especial.

Na parte geral citam-se os artigos 186, 187 e 188, que tratam a respeito da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Já na Parte Especial, o Código dedica os artigos 389, 390 e 391, que explicitam regramento a respeito da regra básica da responsabilidade civil contratual, além dos artigos 927 e 965, em capítulos diversos, mas que tratam da responsabilidade subjetiva e objetiva.

O Código afirma em seu artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Já o artigo 187 preconiza que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

No mesmo sentido, em capítulo dedicado especificamente para o instituto da responsabilidade civil, o artigo 927 do mesmo Código menciona que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, explicitando ainda que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

O Código sistematizou a matéria, dedicando capítulo especial e autônomo à responsabilidade civil, tendo repetido, em grande parte de forma *ipsis litteris*, alguns dispositivos, corrigindo a redação de outros, mas trazendo poucas inovações em relação ao diploma anterior (GONÇALVES, 2009).

Existem então dois sistemas gerais de responsabilidade civil que foram adotados pelo Código. O primeiro consiste na responsabilidade civil objetiva e o segundo na responsabilidade civil subjetiva, cujos conceitos serão abordados em tópico específico no presente trabalho. Existe ainda a responsabilidade civil denominada como extracontratual, que determina-se pelo critério subjetivo e pelo critério objetivo, além da responsabilidade civil por dano contratual, igualmente apurada pelo critério da responsabilidade subjetiva e objetiva. Vejamos.

3.4.1.1 A responsabilidade civil contratual e extracontratual

A existência ou não de um vínculo negocial entre o responsável e o titular do direito objeto de reparação permite a classificação da responsabilidade civil em contratual ou extracontratual. O dever de indenizar assume então fonte de relação jurídica obrigacional preexistente, oriundo de um contrato ou, por outro lado, tem uma causa geradora imposta por preceito geral de Direito ou advinda da própria lei.

Dependendo da qualidade da violação, o Código Civil estabelece com base nesta dicotomia se a responsabilidade advém de uma relação contratual, com a disciplina de efeitos do negócio jurídico, ou se extracontratual, quando conceitua o ato ilícito, regulando-a em títulos diversos (STOCO, 2014).

O causador do dano então responderá se causar prejuízo a outrem diante do descumprimento de uma obrigação contratual ou se praticar qualquer outra espécie de ato ilícito (responsabilidade extracontratual ou aquiliana).

A primeira hipótese é prevista inicialmente no artigo 389 do Código Civil (BRASIL, 2002), que menciona que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Os artigos 390 e 391 também disciplinam as implicações advindas desta relação contratual. Esta regra advém de normativo com gênese no direito romano,

predominando a *pacta sunt servanda*², traduzindo a forma obrigatória nos contratos e o absoluto dever de respeitá-lo, sob pena de responsabilização.

Apenas não haverá responsabilização se o descumprimento do contrato for resultado de caso fortuito ou força maior que não decorrer de mora de uma das partes.

Lado outro, a responsabilidade extracontratual não deriva de um contrato e tem como princípio norteador o artigo 186 do mesmo diploma, que estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, complementada pelo artigo 187 que preleciona indicando que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (GONÇALVES, 2009).

Esta responsabilidade extracontratual decorre do dever geral imposto pelo legislador de não causar danos a outrem, resultando da ofensa ao direito alheio e às normas jurídicas, imputando ao agente a responsabilidade sobre os prejuízos experimentados pela vítima.

A partir das premissas acima, CAVALIERI FILHO (2002, p. 37), leciona indicando perfeitamente que:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

A responsabilidade contratual advém de obrigações mais definidas e limitadas, consistindo em uma inexecução previsível e inevitável, fundando-se nas regras de autonomia de vontade, obedecendo às normativas comuns dos contratos. Passo contrário, a responsabilidade extracontratual extrapola às regras próprias dos contratos e é independente do princípio da autonomia da vontade (DIAS, 2012).

A relevância da separação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual assume importantes contornos, já que processualmente implica no

² *Pacta sunt servanda* é um princípio da força obrigatória, o que implica dizer que o contrato obriga as partes nos limites da lei. Trata-se de uma regra que deve ser respeitadas pelas partes contratantes como se norma legal fosse, refletindo-se na imutabilidade da disposição pactuada. Significa que os pactos devem ser cumpridos.

reconhecimento e distribuição do ônus da prova, por exemplo. Tratando de responsabilidade contratual, ao credor caberá provar em juízo o inadimplemento e os consequentes danos, de sorte que não há necessidade de comprovação de que o este inadimplemento ocorreu de forma culposa. Ao devedor caberá então a prova de que se verificou alguma das causas excludentes de responsabilidade civil, a saber, o caso fortuito, força maior ou a culpa exclusiva da vítima.

Já na responsabilidade extracontratual decorrente do dever geral de não causar danos a outrem, caberá ao autor da ação provar a conduta culposa do agente, não bastando a mera afirmação de que a culpa ocorreu. Há a necessidade de se constituir o direito do autor, a quem caberá o ônus nesse sentido.

Quanto à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, excepciona-se a regra, já que o Código de Defesa do Consumidor superou a distinção da responsabilidade civil contratual e extracontratual, equiparando todas as vítimas do acidente de consumo e trazendo à tona a responsabilidade do fornecedor de forma unitária, com a ocorrência de violação ao dever de segurança (CAVALIERI FILHO, 2002).

Quanto à responsabilidade do exercício da atividade médica, é pacífico atualmente que se trata de natureza contratual o vínculo jurídico estabelecido entre o médico e o paciente, pois a relação entre ambos é proveniente de um contrato de prestação de serviços, excepcionadas hipóteses em que poderá ser admitida uma relação extracontratual, conforme será detalhado.

Ainda em relação ao contrato estabelecido entre o médico e o paciente, é importante salientar, portanto, que assume um caráter de prestação de serviços, de forma que não há a obrigação legal de curar o paciente. Na verdade, impõe ao profissional a obrigação de prestar seus devidos cuidados ao paciente e coloca-los a disposição do paciente. Em relação ao paciente, este assume a obrigação de remunerar o médico na forma pactuada no contrato e de absolutamente não agir em confronto ou em contrariedade às prescrições médicas, sem antes, ao menos comunicá-lo a respeito.

Trata-se de contrato com caráter *intuitu personae*, ou seja, aquele que é estabelecido na medida da confiança entre as partes, já que o paciente muitas vezes, inclusive, opta por aquele determinado profissional. Entrementes, não há como negar o fenômeno da mercantilização da medicina, de forma que esta característica cada vez mais perde sua força.

Ora, o contrato médico não significa um instrumento que materializa a assistência médica. Este último envolve o contrato médico e o contrato de assistência médico hospitalar, de forma que abrange, além da atividade prestada pelo próprio profissional, a internação, o fornecimento de alimentos, hospedagem, medicamentos e etc.

Não obstante às colocações acima é certo que o contrato firmado entre o médico e o paciente contempla em si, até pela sua própria natureza, o dever de cuidado, de informação, orientação ao paciente e familiares a respeito dos riscos do procedimento, tratamento e aos medicamentos que serão utilizados, bem como ostenta qualidade de bilateral, temporário e oneroso. Casos inobservados estas características, poderá existir responsabilização civil, conforme se delineará no presente estudo.

3.4.1.2 A responsabilidade civil subjetiva

O Código Civil (BRASIL, 2002) adota como regra geral o princípio da responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela fundada estritamente na culpa do agente e disciplinada no artigo 186, onde “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Causado o dano, exsurge o dever de repará-lo, na forma precisa do artigo 927 do mesmo Código Civil, onde há a previsão de que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Ocorrendo então qualquer conduta culposa, que viole o direito de terceiro e lhe cause prejuízos, restará caracterizado o ilícito de forma que imputa ao agente o dever de indenizar. Adotou-se então o princípio da culpa como a pedra basilar da responsabilidade civil, muito embora existam situações específicas de aplicabilidade da responsabilidade objetiva, conforme se destacará adiante.

Cingindo-se à teoria da culpa, quem infringe dever jurídico do qual advenha dano a terceiros terá então obrigação de indenizar e, para que se efetive tal obrigação, é necessária a comprovação de culpa em sentido lato, incluindo aí o dolo representando a intenção de prejudicar e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imprudência, negligência ou imperícia.

Para configuração da responsabilidade subjetiva, há a necessidade da existência dos seguintes requisitos: dano, nexo de causalidade entre o fato e o dano, e culpa do agente, considerada aqui em sentido amplo (dolo ou imprudência, negligência ou imperícia).

A responsabilidade civil decorre então de atividade humana e tem como pressupostos: conduta voluntária, dano injusto experimentado pela vítima (patrimonial ou extrapatrimonial), relação de causalidade entre o dano e a ação do agente e a atribuição da responsabilidade pelo dano ao agente, com natureza objetiva (risco da atividade, equidade e etc.) ou com natureza subjetiva (dolo ou culpa) (AGUIAR JUNIOR, 2010).

É certo que a responsabilidade subjetiva tem então por supedâneo a comprovação da culpa do lesante, circunstancia que se verifica pela constatação de ter havido imprudência, negligência ou imperícia no ato lesivo, estabelecendo-se um nexo de causalidade entre a violação do direito e a conduta ilídima. Faz-se necessária, portanto, a perquirição da vontade do agente para que fique efetivamente demonstrada sua culpa, de modo que não havendo comprovação ficará afastado o dever de indenizar.

STOCO (2014, p. 96) ainda ensina afirmando que “a culpa genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude do ato, e o subjetivo, do mau procedimento imputável.”

Por outro lado, tem-se certo que a conduta reprovável, por sua vez, abrange o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configurando a culpa em sentido amplo; e simples negligência em relação ao direito alheio, configurando a culpa em sentido restrito e rigorosamente técnico.

Pelo exposto verifica-se que doutrinariamente há forte distinção entre os conceitos de culpa e dolo. No entanto, é certo que as duas modalidades tem a mesma eficácia, acarretando ao agente o dever inequívoco de indenizar o prejudicado. Basta que o agente tenha agido movido por sua vontade ou pela falta de adoção das cautelas necessárias para que já nasça o dever de reparar os prejuízos causados ao direito alheio.

Quando se verifica a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo ao direito alheio, há o dolo, que significa o pleno conhecimento do mal e o direito propósito de o praticar (STOCO, 2014).

Acaso não exista este objetivo proposital, mas mesmo assim o prejuízo materializou-se por negligência, imprudência ou imperícia, exsurge a culpa em sentido estrito.

A culpa nasce então de uma conduta voluntária que atinge frontalmente o dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, mas, no entanto, previsto ou previsível (CAVALIERI FILHO, 2002).

Na culpa ocorrerá a violação de um dever já preexistente, de modo que quando se funda num contrato, a culpa é contratual. Caso contrário, se fundar-se em um preceito geral, que determina o respeito das pessoas e dos bens e direitos alheios, a culpa será extracontratual ou aquiliana, conforme já exposto (STOCO, 2014).

Tem-se então para verificação da conduta culposa, responsabilidade subjetiva, a ocorrência de uma conduta voluntária que gera um resultado não querido ou involuntário, a previsão ou previsibilidade deste resultado e a inobservância do dever objetivo de cuidado (dever de cautela com vistas à evitar-se lesão aos interesses de terceiros). Excepcionam-se desta conduta voluntária os atos considerados culposos mas via reflexa e aqueles praticados em razão de coação física irresistível.

Quanto à previsão ou a possibilidade de previsão do resultado, diz respeito a possibilidade do agente causador do dano antever a ocorrência do resultado, ou seja, o agente sabe ou tem absoluta condições de saber que com a sua conduta haverá a possibilidade de causar danos alheios. Embora não se ligue ao desejo do agente causar o dano, é certo que é previsível que agindo daquela determinada forma, assume o risco de produzir o efeito danoso.

Assim, para que reste então caracterizada a culpa, faz-se necessário que o lesante tenha descumprido o dever geral de cautela imposto à todos, de forma coletiva, o que se verifica pela ocorrência da imprudência (falta de cuidado na conduta comissiva), negligência (ausência de cuidado em razão da abstenção de alguma atitude que deveria ser tomada e não foi) e imperícia (ausência de habilidade técnica específica para a conduta). Estes três adjetivos são formas de exteriorização da conduta culposa, consistindo em maneiras pelas quais se manifesta a omissão do comportamento que é esperado.

O Código Civil (BRASIL, 2002) prevê ainda que a indenização se mede pela extensão do dano provocado pelo agente, de sorte que o artigo 944 leciona

expressamente que “a indenização mede-se pela extensão do dano.” A maior ou menor gravidade da falta não influirá na indenização, a qual somente se medirá pela extensão do dano causado, advertindo-se que a lei não olha para o causador do prejuízo, a fim de medir-lhe o grau de culpa, e sim para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão.

Há a previsão legal também de exclusão de responsabilidade, já que ausente o elemento vontade, não restará caracterizada a culpa por força da ocorrência do caso fortuito ou força maior. Está é a exata redação do artigo 393, ao afirmar que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”, com a complementação do parágrafo único autoexplicativo, no sentido de indicar que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Força maior resulta de eventos físicos ou naturais, de índole ininteligente, como por exemplo, o granizo, o raio, a inundação. Por outro lado, o caso fortuito decorre de fato alheio, gerador de obstáculo que a boa vontade do devedor não é possível superar, como a greve, o motim, a guerra. Ambos os institutos possuem força liberatória em relação à responsabilização, mas a distinção entre eles é bastante evidente. Para que se identifique um ou outro exigem-se os seguintes elementos: o fato de ser necessário, não determinado por culpa do devedor, não deve ser superveniente ou inevitável e deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano (MONTEIRO, 1999).

3.4.1.3 A responsabilidade civil objetiva

Como se pontuou, a regra do Código Civil é a responsabilidade civil subjetiva. No entanto, o sistema subsidiário existente é o da responsabilidade objetiva, delineado no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Torna-se irrelevante a perquirição da intenção da culpa do agente (dolo ou culpa), sendo suficiente a existência do dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano propriamente dito.

Firmou-se tal previsão como exigência social com o objetivo específico de promover a reparação dos danos sofridos injustamente pelas vítimas, independentemente da apreciação dos fatores subjetivos do agente. Antes lastreado na conduta voluntária do agente, o enfoque da responsabilidade civil transfere-se para a efetiva reparação das vítimas, de sorte que a apreciação da voluntariedade ou não da conduta do causador do dano e de sua respectiva ilicitude abre espaço para a comprovação efetiva do dano e seu nexo de causalidade com o fato ou ato que o acarretou (PAULA, 2007).

TEPEDINO (2003, p. 240), leciona que:

O Código Civil de 2002 não ficou alheio aos ditames constitucionais. Além de prever novas hipóteses específicas de objetivação a responsabilidade, positivou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco (artigo 927, parágrafo único). Consagrou, portanto, um modelo dualista, no qual convive a responsabilidade subjetiva e a objetiva.

PAULA (2007, p. 15) afirma que:

Em síntese, os ditames da responsabilidade civil objetiva restringem-se à comprovação do dano e do nexo causal emergindo o dever de reparar independentemente da culpa do agente. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar a ocorrência de alguma das excludentes de responsabilidade civil objetiva.

Desenvolveu-se então o sistema que a conduta do agente, bem como seu subjetivismo, deixaram de ser importantes, priorizando-se a efetiva reparação dos prejuízos suportados pela vítima. Isso porque, na prática, verificou-se que a aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil subjetiva encontrava uma série de dificuldades ou até mesmo impossibilitava a obtenção da reparação, com a indenização da vítima, já que esta, muitas vezes, não tinha meios hábeis para demonstrar a culpa do agente causador do dano. Esta questão foi reforçada diante do inequívoco surgimento de uma sociedade de massa, evolução da tecnologia e em especial após as profundas mudanças causadas pela Revolução Industrial.

NERY JUNIOR e NERY (2006) explicitam a respeito da teoria da responsabilidade objetiva, com especial enfoque ao risco assumido pelo agente. Destacam:

Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim determinar (v.g. CC 993) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem. Há outros subsistemas derivados dos dois sistemas, que se encontram tanto no CC como em leis extravagantes. Ambas tem a mesma importância no sistema do CC, não havendo

predominância de uma sobre a outra. Conforme o caso, aplica-se um ou outro regime de responsabilidade civil, sendo impertinente falar-se em regra e exceção.

Tal teoria é de grande importância, inclusive, para o Código de Defesa do Consumidor, sustentando que sua adoção deu-se, também, em razão da dinamicidade das relações de consumo, com a constante evolução do mercado de consumo, o que levou os fornecedores a tratar os consumidores de forma mais impessoal (LISBOA, 2002).

O mesmo autor LISBOA (2002, p. 18) esclarece que:

A objetivação moderna da responsabilidade tornou possível uma proteção individual real e mais efetiva, além de representar um avanço considerável para a tutela coletiva e difusa por danos individuais, ora sob uma visão pós-modernista, em virtude das atividades profissionais destinadas às massas, diante dos avanços tecnológicos, dos meios de transporte e de comunicação e do fenômeno da globalização.

No que se refere ao exercício da atividade médica, tem-se que respectiva responsabilidade é considerada subjetiva, ou seja, sempre irá demandar a comprovação da culpa do profissional da área médica, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia.

Por outro lado, é bom que desde já se esclareça, que em relação aos hospitais, clínicas médicas, laboratórios, planos de saúde e demais entidades vinculadas à prestação deste serviço, aplica-se inequivocamente a responsabilidade objetiva, de sorte que há a necessidade apenas da comprovação da conduta, nexo de causalidade e do dano, tornando-se irrelevante, portanto, a perquirição de culpa.

3.4.1.4 A responsabilidade do médico no Código Civil

O tema foi tratado pelo Código Civil originalmente nos artigos 186 e 927, classificando a responsabilidade civil na categoria extracontratual ou aquiliana. No entanto, esta constatação atualmente é superada, não se podendo negar a existência de um autêntico contrato estabelecido entre profissional e paciente, de sorte que a responsabilidade civil é hoje considerada de natureza contratual.

Há afirmação da grande maioria da doutrina que embora muito se tenha discutido a respeito, atualmente não existe mais espaço para a controvérsia ou

dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica (GONÇALVES, 2009).

No entanto, muito embora deparamo-nos com esta pacífica classificação, tal fato não implica na presunção de culpa do profissional que, na maioria dos casos não se compromete a curar, mas sim, agir de acordo com as melhores técnicas inerentes à sua profissão (KFOURI NETO, 2013), assumindo nítida obrigação de meio, que será mais à frente detalhada.

É certo também que poderão existir situações que a responsabilidade médica deixa de ser oriunda de um contrato e passa a ser extracontratual, como por exemplo, na existência de um serviço médico requerido por terceira pessoa, sempre e quando esta não obrigue contratualmente o paciente em virtude de uma representação legal ou voluntária; no momento em que a ação do profissional liberal, sem prejuízo da ilicitude civil, configure crime, através da qual se torna viável a opção aquiliana; quando o contrato firmado entre o médico e o paciente é nulo, por ser carecedor de alguns de seus elementos essenciais ou pela presença de qualquer outro defeito ou vício (SANTOS, 2003).

É possível ainda exemplificar outras situações em que a relação estabelecida entre o profissional médico e o paciente sejam consideradas como extracontratuais: atendimento de emergência à pessoa inconsciente e desacompanhada, quando, por exemplo, aquela que decorre da situação em que o profissional socorre uma pessoa inconsciente que se depara na rua; quando o médico comete um ilícito penal; quando ocorre violação das normas regulamentadores do exercício de sua profissão.

Certo é que o enquadramento se dará considerando a situação concreta que se apresentar, de modo que se classificará então a responsabilidade civil do médico em contratual ou extracontratual. A responsabilidade médica define-se, portanto, de maneira casuística, para que se possa nela identificar a espécie contratual (de meio ou de resultado) ou a extracontratual.

Novamente a utilidade de tal separação conceitual reside na diversidade de regime jurídico que cada uma delas irá apresentar, bem como na facilidade de obter a reparação dos prejuízos experimentados, em especial no que tange às regras processuais acerca do ônus da prova.

Quando tratamos de responsabilidade contratual, bastará que o ofendido demonstre o inadimplemento e aponte o dano experimentado para a recomposição

dos prejuízos, sendo desnecessária a produção da prova da culpa do profissional. Nesta situação, o devedor apenas se exonera da obrigação em caso de comprovação de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Entrementes, quando se trata de responsabilidade extracontratual, é necessário que o ofendido demonstre e comprove a culpa do agente do fato ou ato, de sorte que é insuficiente a singela alegação que a culpa existiu. Versa-se então para a necessidade de comprovação de fato constitutivo do direito do ofendido, a quem competirá exclusivamente o ônus da prova.

Como frisado até então, o parágrafo único do artigo 927, assevera que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Não obstante tal constatação literal, esta premissa não é aplicável ao domínio da responsabilidade civil médica (KFOURI NETO, 2013).

Isso porque o artigo 951 do Código Civil prevê expressamente que “o disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

A menção à “atividade profissional” e “paciente” tornam inequívocos os destinatários do presente dispositivo: os profissionais da saúde (médicos, dentistas, farmacêuticos, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, biomédicos e outros), sendo também aplicáveis as normas gerais dos artigos 186 e 927 do mesmo diploma (KFOURI NETO, 2013).

Neste específico aspecto, KFOURI NETO (2013, p. 72) esclarece:

Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implique risco aos direitos do paciente. Caso admitida tal hipótese, estaria descartada a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isso porque a atividade curativa, em regra, não gera o risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento do seu estado de saúde do doente, propiciando-lhe melhora ou cura total. Mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos (cirurgias videolaparoscópicas, variadas aplicações de *laser*, por exemplo), ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Isso porque o advento da atual codificação civil, neste aspecto, nada inovou: a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva.

Assim, diz-se, portanto, que responsabilidade subjetiva é a inspirada na ideia de culpa, enquanto que a objetiva esteada na teoria do risco. O direito brasileiro, à luz da codificação civilista, adota como elemento de referencia a análise da culpa individual do médico.

No entanto, como frisado, a casuística determinará a aplicabilidade de uma linha ou outra, sendo certo que existem algumas especialidades médicas, como, por exemplo, a radiologia, a cirurgia estética propriamente dita (cosmetológica ou embelezadora) e outras, onde inverte-se o ônus da prova, em benefício da vítima (KFOURI NETO, 2013), em tantas outras, porém, a regra geral é a comprovação da culpa do profissional.

Importante também esclarecer a culpa de hospitais e clínicas, que é presumida quanto aos atos de seus prepostos não médicos, ou seja, todos aqueles profissionais da área da saúde. Certamente ao estabelecimento caberá o direito de regresso em face do agente causador e culpado por gerar o dano. Entrementes, obtempera-se, por necessário, que perante o paciente será sempre o estabelecimento que responderá civilmente (KFOURI NETO, 2013).

Importante classificação para se apurar a responsabilidade civil do médico diz respeito à natureza do procedimento executado, de sorte que a avaliação se advém de obrigação contratual ou extracontratual é importante, mas a determinação do dever de indenizar também advém da distinção entre obrigação de resultado e obrigação de meio.

Essa questão suscita debates intensos, já que diz respeito à inversão do ônus da prova nas ações que visem ressarcimento em face de danos decorrentes das atividades médicas, de sorte que assume grande importância a discussão quanto a ser de meio ou de resultado a obrigação assumida (MELO, 2014).

Obrigação de meio é aquela em que o profissional se obriga a empregar os seus conhecimentos e técnicas disponíveis visando um determinado resultado a favor do seu contratante ou paciente (MELO, 2014). Assume o profissional o dever de prestar um serviço sem se comprometer com a obtenção de um resultado certo, mas tão somente de dedicar, dispensar zelo e esforço, além de cuidado e diligência exigíveis em razão das circunstâncias (AGUIAR JUNIOR, 2010).

Em sentido totalmente oposto, a obrigação de resultado é aquela em que o profissional venha a assumir, contratualmente, que determinada finalidade será

efetivamente alcançada, existindo um compromisso com o resultado final. Trata-se de um resultado específico, previamente determinado e certo. Não sendo alcançado o resultado, bastará ao credor demonstrar que o objetivo colimado não foi atingido, para obter a tutela judicial e fazer com que surja a obrigação de indenizar por parte do prestador do serviço (MELO, 2014).

Neste último caso, evidencia-se uma presunção de culpa, de modo que ao profissional envolvido caberá a comprovação, de maneira cabal, que agiu com prudência, diligência ou perícia específica para o caso ou, ainda, provar a ocorrência de força maior ou caso fortuito.

CAVALIERI FILHO (2002, p. 348), com clareza solar afirma que:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A classe médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidencia, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete em curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

Não obstante a predominância das conceituações acima, há quem sustente a completa inutilidade da distinção entre as obrigações de meio e de resultado (CARDOSO, *apud* ITURRASPE, 2002, p. 273), com argumentos até certo ponto sólidos, mas que não predominam no direito brasileiro.

A qualificação das obrigações como de 'meios' não é feliz, na medida em que a expressão parece desvincular o dever do devedor do 'compromisso de alcançar um resultado' do 'interesse' do credor juridicamente protegido, de lograr um resultado benéfico." Entende o autor que nas chamadas obrigações de meios, o devedor não a cumpre, se não presta atividade diligente devida, e que o médico, por exemplo, que demonstra a efetiva realização e atos de sua profissão em relação ao paciente, se considera, em princípio, que cumpriu com o dever de seu cargo. Assim, nessas condições, o objetivo final, nessa ótica, consiste exatamente em prestar uma atividade diligente devida (*actividad diligente debida*), cuja prova compete ao devedor do serviço. Conclui o autor dizendo que cada serviço se considera um resultado ou uma atividade em si mesma.

Entrementes, nos parece que a distinção entre as obrigações é peculiar e externa maior praticidade e facilidade de entendimento dos profissionais envolvidos, bem como acredita-se que o préstimo de atividade diligente deve ser inerente a toda e qualquer prestação de serviço.

Utilizando exemplo extremado de obrigação de meio, tem-se o médico que firma contrato para tratar de um paciente com câncer. Certamente não se compromete com a cura da doença, até mesmo porque esta sofreria a influência de inúmeros fatores, como a própria capacidade do organismo do paciente. Há o compromisso, com efeito, na aplicação de toda a sua técnica e diligência na busca de soluções que minimizem ou curem a doença. Não obtida a cura ou mesmo ocorrendo o óbito do paciente, o profissional não poderá ser responsabilizado.

MELO (2014, p. 80), é claro ao afirmar que o profissional médico apenas será responsabilizado caso fique evidenciado e comprovado que no mister de suas atribuições para com o paciente deixou de agir com o zelo esperado para aquelas circunstâncias. Salienta que ainda que “o pressuposto da responsabilização se assenta na culpa, ou seja, se algum ato omissivo ou comissivo que importe em negligência, imprudência ou imperícia por parte do profissional.”

Costumeiramente indicam-se as cirurgias plásticas como exemplo de obrigação de resultado. Trata-se, em verdade, daqueles procedimentos ligados ao embelezamento, sendo predominante na doutrina e jurisprudência o entendimento majoritário no sentido de se considerar obrigação de resultado. O objetivo do paciente nestes casos é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o profissional a proporcionar-lhe o resultado esperado.

Com efeito, a obrigação na cirurgia plástica é de resultado, pois o contrato firmado com o paciente deve alcançar um resultado específico, que consiste na própria obrigação. Contudo, embora a obrigação seja de resultado, a responsabilidade do médico permanece subjetiva e, por tal razão, inverte-se o ônus da prova, ficando a cargo do profissional médico a prova liberatória de que não laborou com imprudência, negligência ou imperícia para não ser responsabilizado pelo dano experimentado pelo paciente.

Novamente servimo-nos da lição de MELO (2014, p. 81), que sintetiza os fundamentos da consideração da obrigação de resultado nas cirurgias estéticas.

A lógica que justifica esse tratamento jurídico diferenciado se assenta no fato de que na cirurgia plástica de embelezamento, o paciente é saudável e pretende com a intervenção melhorar sua aparência; já na cirurgia reparadora, o que o paciente busca é a correção de lesões congênitas ou mesmo adquiridas.

Assim, na cirurgia plástica embelezadora há um fim determinado, concreto, perfeitamente definido buscado pelo paciente e aceito pelo profissional.

Daí, o médico estará atrelado ao resultado e não vindo a atingi-lo somente se exonera de responsabilidade, se provar, e este é seu encargo, caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro

Quando deparamo-nos com tais situações, é essencial no bojo de um processo a realização de prova pericial, de sorte que o caso sempre deverá ser avaliado sob a ótica de outro profissional obviamente da mesma área específica do procedimento ora tutelado. Isso porque a realização de cirurgia estética embelezadora não encerra automaticamente a responsabilidade do profissional médico pelo fato de o paciente não reputar satisfatório o resultado, de sorte que torna louvável e imprescindível a realização de prova técnica médica, ressalvados específicos casos.

Nestas situações, onde se constata a obrigação de resultado de plano, cabe ao profissional médico informar ao paciente tanto dos resultados positivos que podem ser obtidos quanto advertir dos possíveis efeitos negativos, ou seja, dos riscos inerentes ao próprio procedimento. Assim, em caso de intervenção embelezadora, se o paciente apresentar a mesma aparência, ou ainda pior, caberá ao profissional comprovar que o insucesso, total ou parcial, da cirurgia decorre de fatos imponderáveis ou que decorram da ação natural dos tempos e não de erro imputável ao médico ou mesmo de resultado insatisfatório.

Nestes casos, a prova pericial poderá comprovar se o paciente foi suficientemente esclarecido sobre o resultado proposto pelo ato cirúrgico, seus riscos, detalhamentos e complicações, bem como sobre eventual necessidade de se realizarem outros procedimentos cirúrgicos ou revisões. Além disso, comprovará que o procedimento embasou-se na literatura médica e se o resultado foi normal ou satisfatório, trazendo conclusões técnicas, científicas e lógicas.

3.4.2 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

A promulgação da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, o chamado Código de Defesa do Consumidor, atende à premissa da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu que dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, seria elaborado o referido código.

Trata de diploma que, por óbvio, disciplina as relações de consumo, lei de ordem pública e de franco interesse social, que evidencia a intervenção estatal no mercado de consumo, já que existe previsão específica de princípios protetivos e que norteiam um novo patamar de boa-fé e qualidade nas relações privadas no país (MARQUES, 2010).

Logo no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor há a disposição de que as normas ali existentes se relacionam à proteção de um grupo específico, interessando diretamente à sociedade. Referida disposição estabelece que “o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inc. XXXII, 170, inc. V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

O Código estabelece em seu artigo 2º que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Por outro lado, também conceitua no artigo 3º que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

No campo da responsabilidade civil, na busca do reequilíbrio da relação jurídica, destaca-se o intervencionismo estatal, que objetiva então trazer soluções compatíveis para que se possa realmente atingir a igualdade efetiva entre as pessoas, responsabilizando-se o agente pela conduta dolosa ou culposa (LISBOA, 2006).

Essa proteção advém da constatação que o consumidor é um sujeito de direitos especiais, de modo que foi construído um sistema de normas e princípios orgânicos na busca de protegê-lo e garantir a efetivação de seus direitos (MARQUES, 2010). A bem da verdade é a materialização de um direito fundamental de proteção do Estado para o consumidor, consoante previsão do artigo 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal de 1988.

LISBOA (2006, p. 143) é claro ao afirmar que:

O vínculo jurídico, dotado de características próprias, sobre o qual incide o microssistema jurídico estabelecido a partir da entrada em vigor da Lei 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), denomina-se relação de consumo.

A Lei 8.078/90 institui um microssistema jurídico dotado de princípios próprios, que somente possuem o condão de afastar os princípios próprios do direito ordinário quando houver relação de consumo, e eles forem incompatíveis com a legislação protética do consumidor.

É imprescindível observar que não há uma preocupação específica do legislador consumerista em esclarecer quais tipos contratuais ou negociais sofrem ou não a incidência das normas do microssistema de defesa do consumidor.

Minimizou-se a importância dada pela doutrina clássica à dicotomia responsabilidade contratual e extracontratual, porém não se retirou a sua importância, como se pode notar, por exemplo, da divisão entre práticas abusivas (art. 39) e cláusulas abusivas (art. 51). Ressaltou-se a relação jurídica, que é o pressuposto lógico do negócio jurídico. Pouco importa qual é o tipo contratual adotado pelas partes. A legislação de defesa do consumidor se aplica por causa da existência de relação de consumo, e não graças à espécie de negócio jurídico celebrado.

Por esta razão é que se reputa inadequada o singelo questionamento se é aplicável ou não o Código de Defesa do Consumidor a determinado contrato. Na mesma medida em que a relação jurídica é o pressuposto básico da existência de um contrato, a relação consumerista é requisito primordial para aplicação do Código de Defesa do Consumidor, de modo que pouco importa o *nomen iuris* do contrato celebrado.

A partir da constatação da existência dos elementos subjetivos e um dos elementos objetivos mediatos, é possível se afirmar a existência da relação de consumo, ou seja, existindo elementos mínimos que lhe são característicos, com sujeitos específicos (consumidor e fornecedor), objeto próprio (produtos e serviços), existência de fato jurídico materializado na aquisição do consumidor de produtos ou serviços na qualidade de destinatário final, restará caracterizada a relação consumerista e, a partir daí, possível a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil nestas relações.

MARQUES (1999, p. 65) reconhece que o Código utilizou o critério “*ratione personae*”, na distinção entre relação e os contratos de consumo dos demais contratos de direito comum, lecionando que:

Atualmente, denomina-se contratos de consumo a todas aquelas relações contratuais, ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços. Esta nova terminologia tem como mérito englobar todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente em um dos polos da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes.

Quando não estiverem presentes um dos elementos da relação de consumo, tem-se por certa a não aplicabilidade do Código de Defesa do

Consumidor, de sorte que a relação será tutelada pela legislação compatível, de acordo então com a natureza jurídica do liame estabelecido entre as partes, quer seja civil, empresarial, penal, administrativa ou de qualquer outra natureza.

Tem-se, portanto, que a responsabilidade civil é inteiramente adotada pelo sistema de defesa do consumidor, visando alcançar-se também nestas relações a sua dupla função, qual seja, garantir o direito da vítima e servir como sanção em desfavor do responsável. Na relação médico-paciente há claramente a subsunção de tais premissas.

De um modo ou de outro, faz-se necessário que o ofendido tenha a garantia efetiva de que haverá a reparação do dano, consequência lógica e mínima que necessariamente tem que existir na relação de consumo. Além de tal inequívoca constatação, é certo que a responsabilidade civil aponta a imposição de sanção ao causador do prejuízo na relação de consumo, que deve ser estabelecida de modo a desestimular a reiteração da conduta danosa (LISBOA, 2006).

O fornecedor se sujeita então ao pagamento do dano que provocar, cujo ressarcimento deve ser feito em espécie ou equivalente, a favor do consumidor que experimentou o prejuízo.

Em arremate, LISBOA (2006, p. 144) leciona que:

Para a aplicação da responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual previstas no Código de Defesa do Consumidor, torna-se indispensável uma análise anterior: a relação jurídica em questão sobre a incidência da Lei 8.078/90? Em outros termos: primeiramente, o aplicador da norma deve analisar se a relação jurídica em exame é de consumo ou não. Por isso, não é correto afirmar que a norma de interesse social em apreço se prevalece da noção de contrato para definir a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor, apenas porque prevê um capítulo destinado à proteção contratual do consumidor, que fixa um rol exemplificativo de cláusulas abusivas (art. 51).

De fato, o legislador consumerista prevê a proteção contratual do consumidor (arts. 46 a 54), mas regula também as práticas comerciais (arts. 29 a 45, no capítulo V do Título I), preceituando tipos abertos que importam no reconhecimento da responsabilidade extracontratual e pré-contratual do fornecedor.

As perdas e danos abrangerão, por efeito direto da inexecução da obrigação assumida pelo fornecedor, os danos emergentes e os lucros cessantes, além de outros aplicáveis à espécie e delineados pela doutrina, conforme se verificará neste trabalho.

3.4.2.1 Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor adota a responsabilidade objetiva como fundamento para reparação dos danos oriundos da relação de consumo. A adoção deste princípio é embasada na teoria do risco da atividade profissional como forma de socializar os riscos e na busca da garantia efetiva da reparação dos danos causados ao consumidor.

Firmou-se, em verdade, como exigência social com o fim específico de promover a reparação dos danos sofridos injustamente pelas vítimas, independentemente da apreciação dos fatores subjetivos de seu causador. O cenário anterior era lastreado na conduta voluntária do agente, de modo que atualmente o enfoque da responsabilidade civil objetiva desconsidera a apreciação da voluntariedade da conduta do agente e de sua ilicitude, dando margem para a necessidade singela de comprovação efetiva do dano e do seu nexo de causalidade com o fato ou ato que o acarretou (PAULA, 2007).

Esta é a exata previsão dos artigos 12 e 14 do referido Código:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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

Os ditames desta responsabilização restringem-se à comprovação do dano e do nexo causal, fazendo nascer ao agente o dever de reparar independentemente da existência de culpa na sua conduta.

Esta premissa permite a constatação segura de quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com as eventuais consequências danosas a terceiros, em toda a sua integralidade, consagrando-se assim, portanto, a responsabilidade de forma objetiva do fornecedor de produtos ou serviços (LISBOA, 2006).

A responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais está objetivada, isto é, concentrada no produto ou no serviço prestado, concentrada na existência de um defeito ou na existência de um vício (MARQUES, 2010).

MIRAGEM (2010 *apud* MARQUES, 2010, p. 379), esclarece com perfeição a respeito da aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva no âmbito das relações de consumo:

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilização em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção ou fornecimento de produto ou serviço, determinando-se seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo. No direito brasileiro, o regime de responsabilidade distingue-se em razão do dever jurídico violado pelo fornecedor. A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente esperar. Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de adequação, qual seja, o dever dos fornecedores de oferecer produtos ou serviços no mercado de consumo que sirvam aos fins que legitimamente deles se espera.

O Código de Defesa do Consumidor adota então a teoria do risco da atividade, considerando a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço de forma objetiva, com a responsabilização independentemente da comprovação de culpa. Quem desenvolve uma atividade com fins de lucros tem que assumir as responsabilidades decorrentes da própria atividade. A sustentação da adoção da objetividade está na premissa de que as perdas decorrentes do dever de indenizar serão compensadas com os lucros obtidos na atividade comercial do agente causador do dano (MELO, 2014).

Não se discute, portanto, a existência ou não de culpa do agente, bastando ao prejudicado a demonstração da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta do agente, gerando assim o nascimento do dever indenizatório, ou seja, a responsabilidade objetiva.

Baseando-se no risco da atividade, considera-se o enfoque de que não há justiça em situações que as vítimas dos danos chamados sem culpa fiquem sem a devida reparação, de modo que a existência da responsabilidade objetiva fundamenta-se na constatação de que os riscos são fonte de lucro ou exigência de

comodidade e conforto, evidenciando-se um caráter ético da responsabilidade civil objetiva (PAULA, 2007).

Para sua caracterização, tem-se o pressuposto básico que é a existência efetiva do dano, pois sua função clássica realiza-se com a reparação deste prejuízo. É necessária a afetação na seara jurídica do prejudicado, ou seja, a efetiva existência do dano, que pode ser caracterizado como toda ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica (COSTA, 2003 *apud* PAULA, 2007, p. 35).

O dano deve ser entendido como o resultado da ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que confere a vítima, como consequência, a possibilidade de pleitear indenização, de sorte que abrangerá tanto o dano material como o dano extrapatrimonial (CARDOSO, 2002).

Além disso, a ocorrência da causalidade entre a conduta do agente o dano é condição essencial para caracterização da responsabilidade civil. Trata-se da viga mestra da responsabilidade civil objetiva, de maneira que sua aferição restringe-se justamente à demonstração do elo entre o fato ou ato prejudicial e o dano experimentado (PAULA, 2007).

Constitui-se assim um pressuposto da responsabilidade civil, vez que, além da ação ou omissão do agente e o dano propriamente dito, a existência de uma relação de causalidade ou nexo causal, ligando aquela a este é necessária (CARDOSO, 2002).

Apenas se eximirá se comprovar a ocorrência de alguma das excludentes da responsabilidade civil objetiva. A responsabilidade civil objetiva poderá ser mitigada em razão da possibilidade do fornecedor de produtos ou serviços comprovar a ocorrência de uma das excludentes expressamente previstas no §3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, que indica que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste ou que a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

3.4.2.2 Responsabilidade subjetiva no Código de Defesa do Consumidor

A única exceção no sistema de responsabilidades do Código de Defesa do Consumidor é a constante no §4º do artigo 14, que afirma que a responsabilidade

pessoal dos profissionais liberais será necessariamente apurada mediante a verificação de culpa.

Tal artigo apenas se aplica em caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso de profissionais da área médica (MARQUES, 2010).

Distanciando-se do conceito da responsabilidade objetiva, há o reconhecimento de que na relação que envolve profissionais liberais, aí contemplado o médico que atua diretamente com seu paciente, haverá a necessidade de comprovação de culpa, consubstanciada na imprudência, negligência ou imperícia. Trata-se de exceção à regra geral ínsita na lei consumerista e, portanto, aplicável a responsabilidade médica.

Essa premissa indica que qualquer demanda indenizatória manejada contra profissional liberal exigirá do proponente a demonstração da culpa do fornecedor do serviço, além da comprovação do dano e do nexo causal (MELO, 2014).

A lei trata do profissional liberal que é o prestador de serviço e atua em nome próprio, exercendo sua profissão como uma ferramenta de trabalho e de sobrevivência, sem qualquer vínculo de subordinação por entidade que o remunera (MELO, 2014). Apenas o profissional age em nome próprio poderá se beneficiar da exceção prevista no código consumerista, de sorte que tal preceito não se aplica às pessoas jurídicas às quais estejam vinculados ou prestem os seus serviços.

Neste exato sentido, MARQUES (op. cit., 2010, p. 422) leciona afirmando que:

Relembre-se que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito como no caso de médicos, mas pouco comum no caso de advogados. As falhas na adequação dos serviços dos profissionais continuam regulados pelo art. 20 e ss. do CDC, com a sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa. Também me parece que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. Difícil o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos médicos ou cirúrgicos que não abram mão de sua característica de profissionais liberais, mas atuem em grupo, talvez até com pessoas que não sejam profissionais liberais.

O reconhecimento da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais de que trata o § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor indica que toda

imputação formulada em face de tais profissionais deverá ser demonstrada sob pena de não gerar qualquer indenização de indenizar. Em um primeiro momento, tal constatação poderia levar à afirmação precipitada de que, praticamente, não seria aplicável o Código de Defesa do Consumidor a tais relações, já que remete-se à regra geral do Código Civil, que em matéria de responsabilidade adota como regra a responsabilidade civil subjetiva.

Retornar-se-ia então a previsão do artigo 951 do Código Civil que afirma que “o disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

No entanto, por esse sistema, o que ocorre na verdade é que a culpa continua sendo necessária para a configuração da responsabilidade civil, porém poderá existir, por força de disposição inserida no Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova, que passa da vítima para o ofensor, vez que a presunção de culpa impõe ao agressor o ônus de provar que não agiu com culpa, somente se isentando da obrigação de indenizar se lograr êxito em provar a sua não culpa (CARDOSO, 2002).

Tal necessidade de prova da culpa exposta pela teoria da responsabilidade civil subjetiva tem sido objeto de muitas críticas em razão de muitas vezes gerar a impossibilidade de ressarcimento da vítima, já que em muitos casos o ônus de provar a culpa do ofensor é pesado demais e acaba por impossibilitar a o recebimento de indenização, por diversos fatores.

PEREIRA (1993, *apud* CARDOSO, 2014, p. 278) ressalta com precisão os inconvenientes gerados pela aplicação da teoria da culpa subjetiva, acrescentando-se que muito embora seja absolutamente necessária a aplicação desta teoria, o que ocorrerá, na prática é a inversão do ônus probatório, que passa então da vítima para o próprio profissional liberal.

A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se sua incompatibilidade com o impulso do desenvolvimento de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, resulta na vulneração de norma preexistente, e comprovação de nexo causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade

organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer a existência da culpa, em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto que se admita que foi efetivamente lesada.

É certo que na presunção de culpa sempre subsistirá o conceito genérico de culpa, como fator fundamental da responsabilidade civil. O diferencial que se distancia da concepção subjetiva tradicional (Código Civil) é no que concerne ao chamado ônus da prova.

STOCO afirma que que na teoria clássica da culpa, é fundamental que a vítima demonstre a existência dos “elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado.” Por outro lado, quando tratamos de culpa presumida (responsabilidade civil subjetiva com base no Código de Defesa do Consumidor), ocorrerá a inversão do *onus probandi*, ou seja, “ em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar” (STOCO, 2014).

Para CARDOSO (2002, p. 280) a técnica utilizada pelo legislador facilita a postulação da vítima na reparação dos prejuízos que experimentou em razão da conduta danosa do profissional liberal:

Essa técnica diminuiu, sobremaneira, o encargo da pessoa lesada, retirando-lhe a obrigação e provar a culpa do ofensor, porém ainda não afastou da responsabilidade civil a ideia de culpa. Há, apenas, modificação na distribuição do ônus da prova.

Como se saber se a hipótese é, ou não, de inversão do ônus da prova? Em determinados casos, a própria lei determina a inversão do nos da prova, mas pode advir, também de construção jurisprudencial, em que o julgador impõe o dever de indenizar, se o réu não demonstrar que não se houve com culpa.

Assim, mesmo em âmbito de relações de consumo, a responsabilidade civil subjetiva fundamenta-se, portanto, na existência dos elementos dano, nexos de causalidade entre o fato e o dano e a culpa do agente, considerada em sentido amplo (dolo ou imprudência, negligência ou imperícia), trazendo o ônus probatório ao profissional liberal, que deverá comprovar que sua conduta está condizente com os parâmetros normais do respectivo serviço prestado.

Há então a necessidade de perquirir a vontade do agente, com o fito de demonstrar a sua culpa, de modo que na ausência de demonstração do dolo ou da culpa, ficará afastado o dever de indenizar.

3.4.2.3 Responsabilidade civil do médico no Código de Defesa do Consumidor

O médico era visto na antiguidade como verdadeiro semideus, que ia do bom amigo conselheiro ao salvador de vidas. O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico), de modo que a mistificação do profissional da medicina, providente dos tempos mais remotos, sempre se constituiu um obstáculo para sua responsabilização (CARDOSO, 2002).

No entanto, a relação entre o médico e o paciente obviamente se alterou, não sendo mais considerado como uma figura mística ou religiosa. Além do mais, seu comportamento profissional passou a ser objeto de estudo, de modo que o desenvolvimento cultural, econômico e científico contribuíram decisivamente para a construção desta nova relação, pautada agora na verificação do ânimo de sua conduta, ou seja, se culposa ou dolosa.

Verifica-se também que os meios de informação se tornaram cada vez mais acessíveis e sua massificação tornou-se relevante para que as pessoas passassem a ser mais críticas e exigentes em relação ao erro médico, gerando uma intolerância cada vez maior à condutas danosas.

CARDOSO (2002, p. 265), ainda leciona afirmando que:

Além do mais, os recursos científicos e tecnológicos postos à disposição desse profissional lhe propiciam meios para diminuir ao máximo a margem de erro, o que tornou o cliente mais exigente e vigilante, provocando uma reação mais severa quando constada a culpa ou o erro. Hodiernamente, tornou-se prática comum o recurso ao Poder Judiciário para buscar o ressarcimento dos prejuízos ocasionados ao paciente pelo procedimento incorreto do médico.

Assim, atualmente, muito se discute a respeito da relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente no sentido da possibilidade de se estabelecer como genuína relação de consumo, com a aplicação das regras específicas estabelecidas neste Código, que são absolutamente destinadas ao restabelecimento do equilíbrio entre as duas partes.

Esta questão é emblemática já que os profissionais médicos em sua grande parcela atuam por sua própria conta e risco, na qualidade de profissionais liberais, de forma que inexistentes as características principais da relação entre fornecedores de serviços e consumidores, principalmente porque a relação não ostenta as características que fundamentaram a criação do Código de Defesa do

Consumidor, em especial na busca do equilíbrio no desenvolvimento da relação entre as partes.

No entanto, vale destacar desde já que o exercício da atividade médica poderá assumir típica característica de relação de consumo em específicas situações, subsumindo-se aos requisitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, na hipótese exemplificativa de prestarem seus serviços por meio de uma sociedade empresária, seja hospital, clínica ou convênio médico, de sorte que aplicável a responsabilização objetiva à tais estabelecimentos.

Não há dúvida que as sociedades empresárias que atuam no exercício da atividade médica se enquadram no conceito de fornecedor definido pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 3º, que é claro ao afirmar que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Exercendo atividade com finalidade lucrativa, certamente detém o domínio dos fatores de proteção econômica e o poderio econômico, de sorte que o paciente, nesta relação, inequivocamente se torna um consumidor do respectivo serviço prestado, relação esta que será enquadrada no conceito de responsabilidade civil objetiva.

Nessa toada, reputa-se necessária a identificação dos elementos da relação de consumo, já que muito embora o Código de Defesa do Consumidor tenha expressamente estabelecido que a responsabilidade civil do profissional liberal necessariamente deverá ser apurada mediante a verificação de culpa, conforme lição do § 4º do artigo 14 do Código, o médico que exerce a atividade por conta própria, assumindo o risco individualmente, merece tratamento diferenciado, já que não é titular de algumas características que o diferenciam do consumidor.

Esta constatação visa equilibrar a relação jurídica, justificando-se a aplicação das prerrogativas e direitos da legislação consumeristas, apenas e tão somente se verificados os requisitos para tanto, em especial as definições dos elementos subjetivos e objetivos, em conjunto com a definição legal de consumidor, fornecedor, produtos e serviços, indispensáveis e essenciais para que haja incidência da relação aos ditames da relação e consumo.

Uma vez atuando como profissional liberal, o médico embora seja considerado fornecedor de serviços, para apuração de eventual dever de indenizar, será aplicada a responsabilidade civil subjetiva, definida pelo §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, já que o legislador reconhece neste específico aspecto, a fragilidade do profissional no desenvolvimento de sua atividade por conta e risco.

A relação do consumidor com o profissional liberal é aquela caracterizada pela relação de confiança, sendo que este é apenas contratado em razão da sua postura, renome, ou seja, trata-se da relação intitulada *intuitu personae*.

A relação que se desenvolve entre o paciente e o referido profissional é aquela que está fora do sistema típico de exploração das atividades no mercado de consumo, de sorte que, em regra, são consideradas como atividades de meio, não ocorrendo tal definição por que o profissional assim deseja, mas sim em razão da impossibilidade, na maioria dos casos, de se afirmar a certeza absoluta da obtenção de um resultado. Obviamente não se desconsidera a existência das chamadas atividades fim ou obrigações de resultado, onde o profissional assume o dever de proporcionar o fim colimado.

O Código de Defesa do Consumidor trata o médico como profissional liberal, de forma que sua responsabilidade será então apurada mediante a verificação de sua conduta, tratando-se de exceção à regra geral de responsabilidade objetiva (GRINOVER, 2001).

Tem-se ainda como certo que na hipótese dos profissionais da área médica constituírem pessoas jurídicas para prestação dos serviços, o § 4º do artigo 14 toma rumo distinto, vez que tais pessoas jurídicas perdem o privilégio legal, devendo ser tratadas como fornecedores normais, de modo que a aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva passa a ser concretizada (BENJAMIN, 2004).

A grande maioria dos doutrinadores e a parte majoritária da jurisprudência caminha a passos largos para a aplicação da responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais, em conformidade com as regras do Código Civil, de acordo com o estabelecido no § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que os demais princípios da relação de consumo também são simultaneamente aplicados, de forma que o código civilista passou a ser a legislação aplicável no que tange ao direito material e o Código consumerista também aplicado, mas no que diz

respeito às prerrogativas processuais, principalmente no atinente ao acesso à justiça e respectivas formalidades processuais: inversão do ônus da prova, possibilidade de ajuizamento da ação no foro do domicílio do consumidor, gratuidade da assistência judiciária e solidariedade no polo passivo entre os diversos agente que atuaram na prática do ato.

3.3 A CULPA MÉDICA

A responsabilidade civil do médico profissional liberal é lastreada na culpa. É, portanto, subjetiva. A esse respeito, a regra do §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor é bastante explícita. Para que o profissional médico seja responsabilizado por todo e qualquer dano que venha eventualmente a causar ao seu paciente, é preciso que haja culpa, em qualquer de suas modalidades (CARDOSO, 2002).

Não há a necessidade da culpa ser de natureza grave, já que mesmo a culpa levíssima obriga a indenizar. “Em se tratando de vida humana, não há lugar para culpas pequenas”, não sendo necessário que a culpa do profissional médico seja grave, basta que seja certa e comprovada (KFOURI NETO, 2013).

A bem da verdade culpa se traduz na imputação ética-jurídica do fato a um agente, no sentido da reprovabilidade ou censuralidade de sua conduta.

Trata-se da culpa em sentido jurídico, de forma que atua como pressuposto da responsabilização por danos provocados em bens alheios, juridicamente protegidos pela Constituição Federal, em especial o direito à vida, a dignidade e à saúde (KFOURI NETO, 2013).

O médico tem deveres a ser observados, de sorte que quando há a violação de algum deles pratica ação que surge como primeiro pressuposto de sua responsabilidade civil. A tais pontos acresce-se a culpa, nas modalidades de imprudência (agir com descuido), negligência (deixar de adotar as providências recomendadas) e imperícia (descumprimento de regra técnica da profissão) (AGUIAR JUNIOR, 2010).

A doutrina clássica posiciona a culpa como um desvio de modelo ideal de conduta, representado às vezes pela boa-fé, outras pela diligência do bom pai de família, de sorte que o agente não visa causar um prejuízo à vítima, mas a sua

atitude negligente, imperita ou imprudente causa dano a outrem (KFOURI NETO, 2013).

O oposto da culpa é o dolo, que é violação deliberada, consciente, intencional, de um dever jurídico, cujos exemplos são remotamente encontrados na literatura sobre responsabilidade civil médica.

Entrementes, o fato de existir previsão legal no sentido de que a responsabilidade civil do profissional liberal médico ser necessariamente apurada mediante a verificação da culpa não implica na afirmação de que competirá à vítima o ônus da prova.

É certo que dentro dos limites estabelecidos pelo Código Consumerista, poderá o magistrado determinar a inversão do ônus da prova, visando a correta averiguação de aferição de responsabilidade civil do profissional liberal. O médico, advogado, engenheiro, dentista e tantos outros profissionais liberais, continuarão a responder pelos seus atos por culpa, nas modalidades negligência, imprudência e imperícia, cabendo assim a vítima a prova de que tenha agido culposamente; mas, dependendo do caso concreto, poderá o juiz decidir pela inversão do ônus da prova (PAIVA, 1999 *apud* CARDOSO, 2002, p. 284).

LÔBO (1998, p. 165), sustenta ainda de forma mais incisiva a inversão do ônus da prova nos casos que tratam de culpa do profissional liberal:

A verificação da culpa do profissional liberal não significa ônus da prova para o consumidor, o que inviabilizaria a tutela legal. A regra do §4º do art. 14 é incompatível com o direito básico disposto no art. 6º, VIII, ambos do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de assegurar ao profissional o direito de provar quem não teve culpa pelo defeito e danos alegados, configurando única inteligência possível com o princípio constitucional de proteção (art. 170, VI, da Constituição brasileira).

É certo que em tais casos, a prova do nexo de causalidade é ordinariamente difícil, notadamente pela própria delicadeza em comprovar-se a não aplicação da boa técnica médica, sem prejuízo do tempo decorrido entre o fato e a produção da prova pericial. Por outro lado, a inversão do ônus probatório não é automática e subordina-se à análise da verossimilhança da alegação ou à demonstração de hipossuficiência realizada pelo magistrado que conduz a causa, conforme regras ordinárias de experiência, com fundamento no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, que reza que são direitos básicos do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil

a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

Tai disposição é coerente com os princípios que inspiraram a concepção do referido Código, de sorte que, conforme previsão do inciso transcrito acima, a inversão do ônus da prova deverá ser acolhida pelo julgador quando for verossímil a alegação do autor da ação e quando este for hipossuficiente em relação ao fornecedor dos serviços ou produtos, de acordo com as regras ordinárias de experiência (CARDOSO, 2002).

3.3.1 A culpa na responsabilidade civil do médico

A própria natureza jurídica da prestação de serviços médicos, muito embora considerada *sui generis*, é contratual, admitindo-se em raras hipóteses o caráter extracontratual, conforme já afirmado. Porém, é certo que na maioria dos casos o profissional não se compromete com a obtenção de um determinado resultado, mas sim com o préstimo de um serviço consciencioso, atento e de acordo com as técnicas científicas disponíveis (DIAS, 2012).

Isso implica no reconhecimento de que o médico, *a priori* e observando a obrigação de meio assumida, não se obriga a restituir a saúde ao paciente que esteja aos seus cuidados, mas sim a conduzir o tratamento com toda diligência, em especial considerando a aplicação de todos os conhecimentos técnicos disponíveis para colimar o objetivo.

Por esta razão é que a responsabilidade civil dos médicos, enquanto profissionais liberais, frise-se, pelos danos causados em razão do exercício de sua profissão, será apurada mediante a verificação da ocorrência de culpa (imprudência, negligência ou imperícia), nos termos do Código de Defesa do Consumidor (§ 4º, artigo 14) e Código Civil (artigo 951).

MELO (2014, p. 113) leciona perfeitamente neste sentido, trazendo ensinamentos peculiares a respeito desta conceituação. Vejamos:

Há toda uma lógica para que seja dado tratamento jurídico diferenciado aos profissionais liberais. Não se pode exigir o cumprimento do contrato médico ou advocatício, para mencionar dois exemplos, como se fosse um contrato de empreitada, de depósito, de transporte ou outro qualquer. Na atividade médica ou advocatícia, o resultado final almejado não depende apenas da

capacidade, conhecimentos e empenho do profissional, porque fatores externos e aleatórios interferem na concretização do contratado. Quanto ao médico, por mais consciencioso que seja, não pode se responsabilizar pela cura total do doente, mormente se a doença for grave, porque cada organismo pode reagir diferentemente a um mesmo tratamento ou medicamento, dentre outras inúmeras variáveis que podem interferir na cura.

Com efeito, algumas situações independem da vontade ou competência do médico, *verba gratia* nos casos em que o paciente tenha uma conduta inadequada no tocante ao prescrito ou ainda se ele abandona o tratamento. Por outro lado, também não se olvida da consideração aos desígnios da natureza, de sorte que não se pode imputar ao médico o poder supremo da vida, da saúde, da perfeição física ou até mesmo da morte, do dano, do prejuízo.

Por estas razões a exceção contida na legislação consumerista é plenamente justificável, vez que desloca para a vítima o ônus de provar que o profissional desviou-se da conduta regular que se poderia esperar, atuando por ação ou omissão e, assim agindo, causar danos indenizáveis (MELO, 2014).

É salutar frisar ainda que a culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese da existência do erro grosseiro, de negligência ou imperícia, que devem ser devidamente comprovados. Apenas e tão somente uma prova irretorquível da culpa e do erro é que poderá levar a indenização pela reparação dos danos experimentados pela vítima caso os profissionais tenham se servido de sua vasta experiência e dos meios técnicos aplicáveis ao caso, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios.

KFOURI NETO (2013, p. 92), ainda destaca que há que evidenciar a distinção entre a “culpa ordinária e a culpa profissional. Reconhece-se a culpa ordinária, em qualquer de suas modalidades, no fato de um cirurgião, v.g., dar início à cirurgia em estado de embriaguez. Já o erro de diagnóstico revelaria culpa profissional.”

AGUIAR DIAS (*apud* KFOURI NETO, 2013, p. 93) enfatiza que:

Na apuração dessa responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta

do médico que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja imediato.

Pelo exposto, é certo que a verdade no campo do erro médico e na consequente aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva, fundamenta-se em três visões distintas: a verdade do paciente, a verdade do médico e a verdade real. Não obstante a tais premissas, caberá então ao julgador buscar e encontrar o ponto justo da questão submetida à apreciação do Poder Judiciário, analisando com objetividade a caracterização da falta, a comprovação do nexo causal entre o procedimento médico e o fato danoso, com a consequente responsabilização indenizatória do causador do dano (MELO, 2014).

3.3.2 A análise do erro médico e do erro de diagnóstico

O exercício da profissão médica depende, em grande parte, da condição pessoal do profissional, sendo a falibilidade humana fato notório e inerente à sua natureza, de sorte que nem sempre o erro médico caracterizará culpa do profissional (CARDOSO, 2002). Desta forma, a expressão erro médico deve ser empregada com parcimônia, pois nem todo resultado adverso do esperado pode ser imputado ao profissional da área médica, gerando a responsabilização e o consequente dever de reparação.

É certo também que o organismo humano nem sempre reage da mesma forma, motivo pelo qual se encontra grande dificuldade para analisar a ocorrência de um erro médico, dado que para sua apuração há a necessidade de sopesar-se inúmeros outros fatores que não somente a atuação adequada do profissional envolvido.

Médicos erram porque são pessoas, de forma que este é o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. O erro ocorre em todas as profissões, no entanto, na atividade médica, de forma particular, o objeto do labor do médico é a vida humana em situações imprevisíveis, o que importa no reconhecimento que o erro se torna mais dramático, já que pode resultar em consequências graves e muitas vezes irremediáveis (CAVALIERI FILHO, 2002).

Com certa frequência, a pessoa envolvida em tratamento médico, uma vez constatada a frustração das recomendações com a subsistência da doença

enfrentada, acusa o profissional médico de ter cometido erro, muitas vezes desconsiderando o fato de que muitas doenças não respondem da forma que se espera ao tratamento indicado pela ciência médica (CARDOSO, 2002). No entanto, deve-se considerar que o dever do médico na reparação de eventuais danos advém de obrigação de meio, em sua grande maioria, conforme se pontuou, de sorte que deve indubitavelmente prestar os cuidados conscienciosos, aplicar as técnicas médicas adequadas para o caso, mas não se comprometendo a curar a enfermidade e a salvar vidas.

MORAES (1995, p. 220) conceitua o erro médico como sendo “a falha do médico no exercício de sua profissão”.

Já GIOSTRI (1999, p. 136), conceitua erro médico asseverando que pode ser entendido como “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional.”

Nesse passo, é certo que o momento mais importante da atividade médica é o ato da análise diagnóstica que consiste na arguição do paciente por meio da qual é possível se estabelecer o procedimento adequado. Ocorrendo erro neste ponto, trata-se então do chamado erro de diagnóstico.

COSTALES (1987, *apud* KFOURI NETO, 2013, p. 101), ensina que se faz necessária a adoção de algumas providências preliminares:

O primeiro ato da análise diagnóstica – que é um dos momentos mais importantes da atividade médica – consiste na arguição do paciente. O médico, para poder estabelecer qual terapia adequada, deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade. Por isso, para obtenção de uma certeza diagnóstica, fazem-se necessárias providências preliminares, reunidas em dois grupos: a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença, e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (Exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas, etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela ciência médica. O diagnóstico consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações, na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente.

Do diagnóstico dependerá a escolha do tratamento adequado para a moléstia do paciente, de modo que não se trata de uma singela operação matemática. A bem da verdade para se chegar ao diagnóstico correto, muitas vezes é necessário uma agudeza de observação que nem todo médico é dotado.

Entrementes, o erro de diagnóstico não é necessariamente culposos, porque a medicina é incerta e conjectural, de sorte que existem doenças distintas com síndromes similares (KFOURI NETO, 2013).

CARDOSO (2002, p. 289) citando MORAES relacionando as lições aplicáveis a esta análise, enumerando espécies de erros médicos possíveis, classificando-os em erro culposos e erro doloso, erro de diagnóstico e erro de conduta, sendo tal divisão aceita pela doutrina majoritária e que representa o equacionamento adequado para tais situações. Vejamos.

1. Como erro culposos e erro doloso: sendo doloso aquele cometido de forma voluntária e culposos aquele cometido por ação ou omissão, mediante a violação ou não observância de uma norma de conduta, do qual resulta lesão ou dano ao paciente.
 2. Erro de diagnóstico e erro de conduta. (...) para ser exato, deve ser genérico, pois até hoje são desconhecidas as causas de, pelo menos, um terço das doenças catalogadas. O que deve ser ressaltado é o que o médico não pode errar na conduta, embora dispondo de diagnósticos genéricos e de probabilidade. De fato, distingue-se no decurso de toda a evolução da doença a importância da conduta a cada momento, devendo ela depender das respostas a cada procedimento. O diagnóstico não só pode como deve ser corrigido a cada passo, sempre que possível em tempo real, para que o desvio da rota seja menor, possibilitando o retorno ao caminho certo mais facilmente e com menores sequelas.
Para Miguel Kfourir Neto, o erro de diagnóstico “caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. Trata-se de um erro desculpável (escusável), a menos que seja grotesco. Nesse caso, segundo o citado autor, o médico será responsabilizado, se não se valeu de todos os meios disponíveis, a seu alcance, para a investigação do mal, “desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática”. O médico, portanto, deve agir com correção na conduta que leva ao diagnóstico, valendo-se de todos os meios disponíveis para a identificação da doença que aflige seu cliente.
 3. Erro deliberado para prevenir mal maior: explica o autor que ocorrem situações graves nos hospitais, em que se apresenta quadro agudo de choque hemorrágico, requerendo imediata transfusão de sangue, porém o sangue disponível no banco de sangue, e compatível, ainda não passou por todos os testes para evitar doenças contagiosas (AIDS, hepatite, sífilis, etc.), hipótese em que o médico se vê diante de um dilema, qual seja: não ministra o sangue e corre o risco de o doente falecer; ministra o sangue com o risco de transmitir doença para o paciente. Diante desse quadro, deliberadamente o médico opta por ministrar a doença para o paciente. Recomenda o mesmo autor, nesse caso, que o médico obtenha o consentimento da família do paciente, aquiescendo na conduta e, além do mais, que seja o Juiz comunicado, por escrito, desse procedimento, para que a família não alegue, depois, que se viu obrigada a assinar, diante das circunstâncias que se apresentavam no momento.
-

4. Erro escusável ou erro profissional: essa espécie de erro não impõe a responsabilização civil do médico. O autor explicita que esse erro é caracterizado como sendo: "(...) aquele contingente que decorre de falha não imputável ao médico e que depende das naturais limitações da medicina, que não possibilitam sempre o diagnóstico de absoluta certeza, podendo confundir a conduta profissional e levar o médico a se conduzir erroneamente. Cabem nessa classe, também os casos em que tudo foi feito corretamente, mas em que o doente omitiu informações ou até mesmo sonegou-as e ainda quando não colaborou com a sua parte no processo de diagnóstico ou de tratamento.
Diante das situações relacionadas, o erro existe, é intrínseco às deficiências da profissão e da natureza humana do paciente e ocorre no exercício da profissão, mas a culpa não pode ser atribuída ao médico. Tais erros são chamados de escusáveis. Pelos exemplos apontados, não há que se falar em culpa do médico, mas culpa do próprio paciente, culpa exclusiva da vítima, que exclui o dever de indenizar.
5. Erro grotesco: é o erro inescusável, imperdoável, que impõe àquele que o cometeu o dever de reparar o dano que sobreveio ao paciente. Exemplo: analisar a radiografia invertida e operar a perna não fraturada.

Erro de diagnóstico é aquele cometido quando da identificação da moléstia, sendo que, por outro lado, será considerado erro de tratamento, aquele verificado no tocante à cura da moléstia que foi identificada de maneira correta ou não.

Para qualquer denominação terminológica que se dê ao denominado erro médico, tem-se por certo que ele sempre produzirá um resultado danoso ao paciente que, na medida em que produzido por uma conduta inadequada, um proceder imperito, negligente ou imprudente, gerará a subsunção ao instituto da responsabilidade civil, sendo que, uma vez comprovada a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre estes pontos, haverá o dever de indenizar.

Entrementes, a análise sempre terá que ser procedida com máxima cautela pelo julgador e para os operadores do Direito em geral, já que para a perfeita conclusão se houve ou não erro, demanda a investigação em um campo estritamente técnico, de modo que ao menos que o erro seja evidentemente considerado como grosseiro, o magistrado não tem os meios e conhecimentos necessários para enquadrar a conduta do profissional como negligente, por exemplo, ou se a situação não adveio de erro de diagnóstico.

Sobre o assunto, KFOURI NETO (2013, p. 99) leciona que:

Delineia-se, após, o problema: a existência do dano – lesão, aleijão, morte etc. – é irrefutável; a intervenção médica realizou-se, e isso também é indubitoso. A ocorrência da culpa e o estabelecimento do nexo de causalidade, então, passam a desafiar a argúcia do julgador, que se valerá, nesta etapa final, de tudo quanto as partes trouxeram aos autos e das

informações que o próprio juízo determinou fosse prestadas pelas partes e peritos.

O mesmo autor citado acima ainda continua (2013, p. 103), esclarecendo que muitas vezes o erro não é evidente, sendo necessárias ponderações sobre os fatos e extremos cuidados a serem tomados para caracterização da responsabilidade médica no erro de diagnóstico.

A postura do juiz, no exame da prova, em tema de erro de diagnóstico, não deverá se orientar na elucidação de intrincados métodos clínicos ou cirúrgicos e de terapêutica. A posição do julgador deverá ser a mesma adotada em face de qualquer outro erro profissional: ele terá de fazer fé e apreciar a questão à luz do alegado e provado, atendendo, sobretudo, aos pareceres dos peritos e depoimentos das testemunhas.

É necessário esclarecer que nestes casos o julgador não analisará propriamente o erro de diagnóstico, mas sim as condições em que o médico atuou, ou seja, se efetivamente teve culpa no procedimento do diagnóstico, tendo recorrido ou não a todos os meios disponibilizados para a investigação do mal, desde as técnicas mais básicas, até aos exames mais complexos, tão desenvolvidos atualmente (KFOURI NETO, 2013).

O profissional que não revela o cuidado exigível na conduta diagnóstica ou no tratamento recomendado para o caso, evidenciando, falha cometida na prestação de serviços de saúde que tenha efetivamente causado dano ao paciente, de forma que se revela como uma conduta diversa da considerada válida pelo entendimento genérico e pacífico, certamente incorrerá em responsabilidade civil.

3.3.3 A culpa *stricto sensu*

Os artigos 186 e 951 do Código Civil brasileiro denotam a aplicação pela legislação pátria da teoria da culpa no que concerne à responsabilização profissional do médico.

Em se tratando de relação de consumo, o §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor também indica que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada por meio da constatação da existência ou não de culpa em seu proceder.

Ademais, o próprio CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA (Conselho Federal de Medicina, 2009), Resolução n. 1.931 de 2009, indica que é vedado ao médico

“causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”, havendo a previsão ainda de que a “responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.”

Sendo assim, a vítima deve provar que o profissional médico agiu com a chamada culpa *stricto sensu*, ou seja, com negligência, imprudência ou imperícia, para buscar a respectiva reparação dos danos que experimentou.

3.3.3.1 Negligência

Toda vez que se comprovar que o profissional médico não observou os cuidados e as normas aplicáveis à espécie deparamo-nos com a ocorrência da negligência médica (MELO, 2014).

Negligência é o oposto de diligência.

É o descuido, a desídia, o desleixo, que externam a falta de um cuidado capaz de determinar responsabilidade civil por culpa (CHAVES, 1985).

Pelas palavras de GONÇALVES (2003, p.11), constata-se que a negligência é por assim dizer uma “espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que poderia e devia ser previsto.”

Pode ser caracterizada pela inação, indolência, inércia, passividade. Trata-se de um ato omissivo. Os casos mais comuns podem ser identificados como erros de diagnóstico, tratamento impróprio ou inadequado, falta de cuidados indispensáveis, falta de higiene, esquecimento de compressas ou materiais em operações cirúrgicas, curetagens malfeitas.

E mais. O abandono de doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro, a prática ilegal por estudantes de medicina, acarretando a responsabilidade, por negligência, do responsável pelo estágio; a prática ilegal por pessoal técnico, respondendo o médico como, por exemplo, no caso do enfermeiro que realiza a punção do doente, advindo complicações e danos; a letra do médico, que leva o farmacêutico a fornecer medicamento diverso do prescrito da letra indecifrável posta na receita médica; esquecimento em cirurgia de corpo estranho no abdômen do paciente, causando-lhes danos (KFOURI NETO, 2013).

Será considerada negligência quando o agente não toma então os devidos cuidados, não realizando o acompanhamento do ato com a devida atenção

e diligencia, agindo assim com desmazelo. É a falta de apuro, de atenção, é o desleixo, desmazelo, falta de interesse, de motivação, é a indiferença, preguiça, inobservância e descuido na execução do ato.

AVECONE (1981, *apud* KFOURI NETO, 2013, p. 106), menciona que a negligência é o oposto da diligencia, vocábulo que remete à sua origem latina, *diligere*, agir com amor, com cuidado e atenção, evitando quaisquer distrações ou até mesmo simples falhas. Na raiz da diligência estará sempre uma omissão daqueles comportamentos tidos como recomendáveis, que originam-se da comum experiência, da literatura ou das exigências particulares da prática médica.

É certo que os casos de negligência médica são números na jurisprudência brasileira, posto que a distração faz parte da natureza humana, existindo registros de casos que vão do erro médico em receitar um medicamento pelo outro até o esquecimento de pinça ou de outro objeto no corpo do paciente (KFOURI NETO, 2013).

No dia 29 de maio de 2015 o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³ afastou a alegação de ocorrência em negligência médica na realização de uma cirurgia bariátrica, sob o argumento que após a constatação pericial do ocorrido, houve a comprovação da indicação correta da cirurgia e a inexistência de qualquer conduta culposa no procedimento cirúrgico. Confira-se:

ERRO MÉDICO. Alegação de que o falecimento da esposa do autor decorreu de negligente conduta médica, que não investigou as possíveis hipóteses diagnósticas. Paciente que se submeteu a gastroplastia (cirurgia bariátrica) e faleceu dias após o procedimento cirúrgico, em razão de tromboembolia pulmonar. Risco inerente à intervenção cirúrgica. Laudo pericial que comprova a correta indicação da cirurgia e a inexistência de conduta culposa no procedimento cirúrgico e nos demais atendimentos realizados no pós-operatório. Fatalidade. Em que pese o falecimento da esposa do apelante, tal infortúnio não pode ser atribuído à ré, que bem ministrou os cuidados médicos necessários. Nexo o nexo causal não demonstrado. Indenização indevida. Sentença mantida. Art. 252, RITJSP. Negado provimento ao apelo. APELAÇÃO nº 0231419-41.2006.8.26.0100 APELANTE: LUIZ HENRIQUE HERBST APELADO: INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE S.A. INTERESSADO: MARA REGINA OLIVEIRA PONTES HERBST COMARCA: SÃO PAULO VOTO Nº 7450.

³ Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0231419-41.2006&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0231419-41.2006.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

Deste julgado, extraem-se os seguintes preceitos técnicos a respeito dos cuidados e particularidades da cirurgia bariátrica:

Diante da controvérsia que se instalou, o juízo, como não poderia deixar de ser, determinou a realização de prova pericial médica. E, nesse vértice, o laudo pericial apresentado, à evidência, afastou a existência do erro médico no atendimento da esposa do autor. Realmente, “a obesidade é uma doença crônica causada pelo excesso de gordura corporal, tendo assumido proporções epidêmicas em todo o mundo. Está associada a uma série de doenças correlatas, chamada de comorbidade, e que tem acarretado mortalidade precoce. Considera-se obesidade mórbida quando o índice de massa corporal (IMC) é maior que 40 Kg/m², ou ainda, maior ou igual a 35 Kg/m² em pacientes com alguma doença correlata a obesidade (comorbidade). Em virtude do crescimento epidêmico mundial da obesidade, vários tratamentos foram propostos, dentre eles o cirúrgico”. E mais: “Na literatura médica observou-se a ocorrência de complicações após a cirurgia bariátrica e dentre elas: tromboembolia pulmonar (coágulo nas artérias do pulmão), fístula, infecção, pneumonia, atelectasia (colapso das bases do pulmão), sangramentos, hérnias internas, distúrbios nutricionais e alterações psicológicas. A tromboembolia pulmonar consiste na obstrução aguda da circulação arterial pulmonar pela instalação de coágulos sanguíneos, geralmente oriundos da circulação venosa sistêmica, com redução ou cessação do fluxo sanguíneo pulmonar para a área afetada. A mortalidade por um evento agudo ocorre, predominantemente, nas primeiras horas de instalação dos sintomas, sendo a taxa de mortalidade em pacientes internados que variam de 6 a 15% e em doentes com comorbidade a taxa de mortalidade sobe para 20 a 30% (ver laudo pericial fls. 270/271). Feitas essas considerações, o perito passou a analisar os elementos contidos nos autos, especialmente tirados do prontuário médico da paciente. Com efeito, “analisando o histórico e a documentação exibida nos autos, pode-se concluir que o de cujos era portador de obesidade mórbida com IMC de 43 (para a Organização Mundial de Saúde é considerada obesidade mórbida quando o paciente possui IMC acima de 40), foi submetido à cirurgia bariátrica utilizando-se a técnica de Capella, sem intercorrências intra-operatória, com boa evolução pós-operatória, recebeu alta no 3º pós-operatório em bom estado geral; e que apesar da profilaxia com anticoagulante (Clexane 40 mg subcutâneo ao dia) desenvolve complicação caracterizada por tromboembolia pulmonar no 6º pós operatório”. Diante disso, a perícia concluir expressamente: '1) O índice da cirurgia da obesidade mórbida foi adequada uma vez que o IMC era de 43. 2) o evento que contribuiu para o óbito foi a evolução súbita de uma complicação pulmonar que pode ocorrer em pós-operatório de qualquer cirurgia deste porte, a tromboembolia pulmonar. 3) As alterações pulmonares encontradas no exame de tomografia computadorizada não eram sinais de tromboembolia pulmonar, uma vez que estas ocorrem com frequência em pós operatório de cirurgia abdominal e que regredem espontaneamente. 4) Não há caracterização de má prática médica no procedimento cirúrgico e nos demais atendimentos médicos realizados no pós operatório”. Ainda que o autor tenha apresentado várias restrições ao atendimento médico de sua esposa, restrições essas aliás ratificadas no depoimento da testemunha Luciana Herbst, o fato é que a prova técnica não corroborou a assertiva de que, no campo técnico, teria havido falha no atendimento médico aqui questionado. Não existe nos autos, como se vê, nenhum elemento que possa infirmar as conclusões do laudo pericial. Vale, para o caso, a lição sempre atual de Aguiar Dias: “o que se torna preciso observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições

da ciência” (Da responsabilidade civil, 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, v. 2, p. 284). Por isso é comum dizer: “A responsabilidade civil do médico não é idêntica à dos outros profissionais, já que sua obrigação é de meio e não de resultado, exceção feita à cirurgia plástica. A vida e saúde humanas são ditadas por conceitos não exatos” (JTJ 142/117”).

3.3.3.2 Imprudência

Trata-se da conduta praticada sem os devidos cuidados, ocorrendo o ato pela precipitação, quando por falta de previdência, de atenção no cumprimento de determinado ato o agente causa dano ou lesão na vítima (DIAS, 2012).

Conceito clássico é delineado por CHAVES (1985, p. 19), apontando que trata-se da “descautela, descuido, prática de ação irrefletida e intempestiva, ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia pressupor.”

Há, de fato, uma culpa comissiva, onde o profissional tem atitudes precipitadas, não justificadas, açodadas, sem usar da cautela necessária (KFOURI NETO, 2013). O mesmo autor ainda exemplifica, indicando que é o caso do “cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de para cardíaca.”

No campo médico, talvez mais do que em qualquer outro, se espera absoluta prudência do profissional, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é a saúde e a vida humana (MELO, 2014).

Profissionais médicos prudentes nada mais são que aqueles que, em razão do seu conhecimento oriundo da experiência profissional e também das regras normativas que desta se extraem, agem de forma a antever o evento que advém de uma determinada ação, tomando assim as cautelas aptas e necessárias para evitar o insucesso da atitude que tomará (CASTRO, 2005). É o ato tomado sem a cautela necessária.

Como exemplo de médico imprudente, tem-se o profissional que resolve realizar um procedimento em 30 minutos, sendo que este, normalmente, é realizado em uma hora e, por esta razão, ocasiona dano ao paciente. Também pode se mencionar a realização de anestesia simultânea ou o cirurgião que efetua cirurgia arriscada sem a garantia da existência de vagas em UTI (KFOURI NETO, 2013).

É a conduta no campo da leviandade, da irreflexão, ou seja, de uma atitude que supera os limites da prudência.

KFOURI NETO (2013, p. 109), leciona afirmando que a ação com imprudência comporta dose de previsibilidade e de antevisão do evento, deixando claro ainda que “ a dificuldade residente em se distinguir a imprudência da imperícia”.

[...] o médico, ao se definir por determinado intervenção, agiu com imperícia, pois não conhecia a fundo o risco que ela envolvia, ou porque, tendo perfeita a consciência do risco, resolveu avançar sua ação além dos limites da licitude.

A imprudência sempre deriva da imperícia, pois o médico, mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária, não detém sua ação.

Evidentemente os casos registrados na jurisprudência não são tão simples como os exemplos mencionados, de sorte que a dificuldade no caso concreto será somente entender se está presente um ou outro tipo de culpa (AVECONE, *apud* KFOURI NETO, 2013).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁴ julgou processo em 25 de setembro de 2013, afastando a alegação de erro médico em cirurgia bariátrica, uma vez que não comprovada qualquer conduta imprudente, negligente ou negligente do profissional. Veja-se:

INDENIZATÓRIA - ERRO MÉDICO – CIRURGIA BARIÁTRICA – Sintomas adversos após cirurgia de redução de estômago, em virtude de obesidade mórbida – Dor abdominal, diarreia e outros são efeitos colaterais típicos deste tipo de cirurgia, sem que implique má prestação dos serviços médicos – Cirurgia realizada com técnica e acompanhamento pré e pós-cirúrgicos dentro dos padrões médicos aplicáveis – Ausência de responsabilidade subjetiva do cirurgião – Arts. 186 e 951 do CC c.c art. 14 § 4º do CDC – Responsabilidade objetiva do plano de saúde e do hospital não configurada – Inteligência do disposto no art. 14 “caput” do CDC, arts. 932, III e 951, ambos do CC – Sentença de improcedência – Recurso improvido. APELAÇÃO nº 0154921-64.2007.8.26.0100 APELANTE: WANDERLEY PEREIRA DE OLIVEIRA APELADOS: AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA, MARCELO ZINDEL SALEM, LIFE CARE PARTICIPAÇÕES HOSPITALARES LTDA E ESHO - EMPRESA DE SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA COMARCA: SÃO PAULO VOTO Nº 2812.

⁴ Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0154921-64.2007&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0154921-64.2007.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

Empresta-se destaque para os seguintes trechos da decisão mencionada acima, que enfatizam de forma clara os procedimentos observados de forma coerente pelo médico, além de traçar conceituação interessante a respeito da saúde humana:

De fato, o autor se submeteu a cirurgia bariátrica em virtude de obesidade mórbida. No entanto, não se vislumbrou no procedimento adotado pelo médico, seja nos exames preparatórios, na técnica adotada para a cirurgia, em si, ou no atendimento pós cirúrgico, qualquer falha na prestação do serviço. É fato, que toda e qualquer cirurgia apresenta riscos ao paciente, considerando que o organismo é complexo e sofre reações adversas em relação aos procedimentos invasivos. No caso, a redução do estômago reflete diretamente nos hábitos alimentares do paciente, envolvendo alterações físicas e psicológicas. Entretanto, a ciência médica não tem como prever as reações provocadas nos pacientes operados com a mesma técnica; cada um deles respondendo com resultados diferentes e aproximados entre si, mas não exatamente iguais. Além disso, a relação entre médico e paciente é de natureza contratual, tratando-se de obrigação de meio, de modo que o profissional não pode garantir a cura.

No caso em tela, o perito judicial foi categórico ao rechaçar a imperícia ou negligência do profissional: “A investigação pré-operatória, assim como as informações sobre as particularidades do tratamento cirúrgico proposto foram fornecidas, inclusive, por meio impresso disponibilizado nos Autos. A cirurgia foi realizada em 24/04/2003, no Hospital Paulistano, pelo Dr. Marcelo Zindel Salem. A técnica cirúrgica proposta e sua execução foram apropriadas. Logo após a cirurgia evoluiu com dor abdominal e diarreia crônica, ambas consideradas intercorrências pertinentes a esta modalidade de tratamento cirúrgico, ainda que adequadamente executado. Merece destaque o fato do periciando apresentar histórico de síndrome do cólon irritável anteriormente à cirurgia, na qual os sintomas como dor abdominal e diarreia podem estar presentes. (...) foram observadas bridas (aderências) nas alças intestinais, fato corriqueiro após este tipo de cirurgia e potencial causador de dor pós-operatório. Desta forma, foi realizada a retirada das aderências, mantidas as alterações da cirurgia bariátrica anterior, conduta esta adequada. Após esta cirurgia houve melhora momentânea dos sintomas que retornaram com as mesmas características e intensidade de antes da operação. (...) Como não houve melhora significativa o periciando procurou por auxílio junto a outros profissionais especializados em cirurgia bariátrica que, de forma unânime, contraindicaram nova cirurgia. Em 2007, durante cirurgia destinada à remoção de cálculo renal realizada no Hospital Santa Isabel por outra equipe médica, apresentou perfuração intestinal, necessitando de nova cirurgia de urgência. A descrição desta cirurgia, assim como as informações contidas no prontuário desta internação não demonstram qualquer evidência que sugira que a cirurgia bariátrica realizada pelo co-réu foi executada de maneira inadequada.”

3.3.3.3 Imperícia

Trata-se da ausência de observação das normas, da deficiência de conhecimentos técnicos da profissão exercida, de forma que fique claro o despreparo prático (KFOURI NETO, 2013). Ocorre quando o profissional acredita

estar apto e carregar consigo os conhecimentos básicos para a prática do ato, mas, na realidade, lhe falta preparo, aptidão, conhecimento e competência.

CHAVES (1985, *apud* MELO, 2014, p. 116) menciona que a imperícia é a “ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaestria na arte ou profissão. Em sentido jurídico, revela-se na condução do encargo ou serviço que venha a causar dano pela falta de conhecimento acerca da matéria, da sua arte, profissão ou serviço.”

Será sempre aferida por aqueles que detém o mesmo diploma, de sorte que aí também repousa a necessidade da prova cabal, idônea e pericial para comprovação da ocorrência da imprudência médica.

Pode ainda ser definida como a ausência de habilidade, normalmente exigida para o legítimo exercício de determinada atividade profissional, proveniente da carência de conhecimentos, da inexperiência ou até mesmo da falta da habilidade (KFOURI NETO, 2013).

MELO (2014, p. 116), expõe interessante raciocínio a respeito da possibilidade da ocorrência de imperícia no caso de atuação profissional médica, concluindo que muito embora exista isolado posicionamento, certamente é possível a ocorrência de tal modalidade de culpa na atuação dos médicos.

Muitos autores asseveram que o médico, por ser habilitado profissionalmente em curso superior regularmente reconhecido, não poderia ser considerado imperito em razão da *mala praxis*. Neste sentido Genival Veloso França afirma que “o médico habilitado – profissional e legalmente-, não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstancia, por mais palpável que seja essa situação, uma vez que considerarmos imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou ausência de conhecimentos necessários para desempenhar uma atividade”. E conclui, “o diploma e seu registro nas repartições competentes outorgam uma habilitação que torna o médico legalmente imune à imperícia.

Ousamos discordar dos que assim pensam porque não devemos esquecer que existem médicos sem conhecimentos específicos, que se aventuram em área que refogem à sua especialidade e, com isso provocam danos ao paciente.

A imperícia é então caracterizada pela falta de observação daquelas normas chamadas de primárias que norteiam determinado procedimento, além do despreparo técnico e prático do profissional para o exercício da profissão (MELO, 2014).

O mesmo autor (2014, p. 117) ainda exemplifica, mencionando que

Imperito será ainda o médico que prescreva tratamento para um determinado tipo de doença quando todos os sintomas estejam a indicar outra; ou o cirurgião que, em visível equívoco, corta músculos, veias ou nervos que não podem ser suturados, gerando sequelas ao paciente; ou ainda, o obstetra que em operação cesariana corta a bexiga da parturiente.

O tema da imperícia é com certeza objeto de controvérsias, vez que na atividade médica é sempre dificultoso identificar a linha demarcatória que separa a atuação correta da culposa (AVECONE, apud KFOURI NETO, 2013).

Desta forma, a imperícia deverá sempre ser avaliada tendo como premissa básica os progressos científicos que sejam de domínio público e que o profissional mediantemente diligente necessariamente tem que conhecer. A jurisprudência pátria delimita a imperícia, reafirmando os conceitos da “experiência técnica e profissional normal” ou “transgressão da diligência comum ao grau médico de cultura e capacidade profissionais” (KFOURI NETO, 2013). O mesmo autor (2013, p. 115) ainda esclarece a forma de se resolver tal problemática, afirmando que

Diante de situações duvidosas – ainda não definitivamente sedimentadas na medicina –, doutrina e jurisprudência conferem ao médico substancial liberdade de agir, sem que sua escolha possa ser questionada. Deixar uma boa margem de iniciativa e uma consistente liberdade de determinar a escolha do tratamento significa favorecer o progresso científico e valorizar a qualidade dos propósitos e inteligência médica.

O único limite que deve ser posto a essa liberdade é aquele que deriva das regras unanimemente aceitas e seguras da ciência médica, isto é, da *lex artis*, porque a nenhum médico é dado afastar-se da estrada que nenhum risco representa para o paciente, a fim de enveredar por outra, desconhecida e perigosa.

3.4 DO DANO MÉDICO

Para caracterização da responsabilidade civil, é necessária a ocorrência de três requisitos: a conduta danosa, o dano propriamente dito e o nexo de causalidade entre estes fatores. Assim, além da culpa, para que haja então o dever de indenizar, é necessária a produção de um dano de qualquer natureza.

Sem a existência do dano, não há que se falar em responsabilização civil, já que não existirá o que reparar. Trata-se de um dos pontos mais importantes quando do estudo da responsabilidade civil, já que não se pode falar em indenizar,

recompor ou compensar, se não for possível a prova da existência de um dano (MELO, 2014).

O dano é a lesão (diminuição ou destruição) que sofre uma pessoa devido a ocorrência de certo evento, contra a sua vontade. Este dano pode ser em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral (DINIZ, 2003).

Para que o dano seja um fenômeno juridicamente qualificado deverá decorrer da ausência de cumprimento de um dever jurídico, de sorte que tal violação gere a necessidade de reparação (KFOURI NETO, 2013).

Trata-se da agressão ou violação de qualquer direito, seja ele material ou imaterial que é provocado com dolo ou culpa do agente, evidenciando a responsabilidade subjetiva ou em razão da atividade desenvolvida, trazendo à lume a responsabilidade objetiva, de modo que há a provocação de uma diminuição do valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor monetário, seja de valor moral e até mesmo de valor afetivo (MELO, 2014).

VENOSA (2003, p. 28) trás importante definição:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. (...) Trata-se, em última análise, de interesses que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

Ocorrendo um dano ao paciente, de qualquer tipo ou espécie originar-se-á a responsabilidade civil, ou seja, na ocorrência de dano de qualquer tipo ou espécie com a lesão a um direito (à vida, à integridade física, à saúde), lesão de um interesse legítimo, danos patrimoniais ou morais, far-se-á necessária a reparação (KFOURI NETO, 2013).

A bem da verdade, o dano é o elemento nuclear da responsabilidade civil, de forma que sua inexistência, por mais grave que seja a conduta, não existirá prejuízo ressarcível.

Quanto ao dano médico indenizável, é certo que pode assumir qualquer modalidade de responsabilidade civil. evidentemente adquirem maior relevância aqueles danos chamados de físicos, já que a atividade médica se exerce sobre o

corpo humano, tratando com direitos fundamentais e, em especial, contemplados pelo tratamento médico – cirúrgico (KFOURI NETO, 2013).

Desta forma, os danos médicos podem ser físicos (chamados também de corporais), materiais ou morais. Os materiais (também chamados de patrimoniais) são, em sua grande maioria, decorrentes dos danos físicos, podendo assumir formatação de lucros cessantes, despesas médico-hospitalares, medicamentos, viagens, contratação de enfermeiros e etc..

Já em relação aos danos morais (ou extrapatrimoniais), incluem-se os danos estéticos, a dor experimentada, o profundo mal-estar causado por abalos à esfera das relações sexuais e infinitas outras situações, sobretudo aquelas com vínculo aos direitos da personalidade (KFOURI NETO, 2013).

Para que o dano seja um fenômeno juridicamente qualificado deverá decorrer da ausência de cumprimento de um dever jurídico, de sorte que tal violação gere a necessidade de reparação (KFOURI NETO, 2013).

3.4.1 Do dano material ou patrimonial

Dano material ou patrimonial é aquele que causa a destruição ou diminuição de um bem com valor econômico (VENOSA, 2003). Atinge o patrimônio da vítima, possível de ser quantificado e reparável por meio de indenização pecuniária (MELO, 2014).

Segundo CAVALIERI FILHO (2007, p. 81) o dano material não atinge apenas o patrimônio presente da vítima, indicando que pode afetar também o “futuro; pode não somente provocar sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento”, de sorte que cogita-se, então, na subdivisão do dano patrimonial em dano emergente e lucro cessante.

O Código Civil brasileiro também preceitua a necessidade de reparação dos danos de forma integral, existindo a previsão no artigo 402 que “ salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, constatando-se que o dano material deverá ser composto não só pelo dano decorrente da agressão direta ao bem protegido, mas pelo que a vítima deixará de ganhar em razão do dano experimentado.

3.4.1.1 Dano emergente

Derivado do dano patrimonial, decorre da injusta agressão que, ao atingir o patrimônio da vítima, lhe causa uma diminuição de valor. Corresponderá ao prejuízo imediato e mensurável oriundo do ato lesivo provocado pelo agente (MELO, 2014).

Segundo GONÇALVES (2003, p. 629) afirma que dano emergente é:

Efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois.

Para STOCO (2014, p. 1994) representa a perda efetivamente sofrida, externando o prejuízo real ou aquilo que se perdeu em virtude do ato praticado ou do fato ocorrido.

Quando tratamos de erro médico, o dano emergente poderá ser identificado como o efetivo dano causado ao corpo do paciente ou à saúde deste, que de fato origine despesas com tratamentos, internação, medicamentos e quaisquer outros componentes necessários à recomposição do bem lesado ao estado anterior.

3.4.1.2 Lucros cessantes

Trata-se da remuneração futura que tiver sido perdida em razão do evento danoso corrido.

Juntamente com os danos emergentes formam a estimação dos prejuízos, que se titula genericamente por perdas e danos (STOCO, 2014). Correspondente ao que o lesado deixou de aferir em razão de experimentar as sequelas do erro que lhe possa ter subtraído a capacidade laborativa, por exemplo (MELO, 2014).

Pode ser representado pelo ganho frustrado decorrente, por exemplo, da continuidade e do prolongamento do estado patológico ou da inatividade que tenha impedido a vítima de continuar a exercer sua capacidade produtiva. É o evento que impede a vítima da aquisição dos frutos do trabalho ou de sua atividade.

Segundo GONÇALVES (2003, p. 629) trata-se da frustração da expectativa de lucro, representando a perda de um ganho esperado.

STOCO (2014, p. 1270) afirma ainda que são aqueles lucros que deveriam vir ao patrimônio, mas que não vieram em razão de impedimento, com a ocorrência de um fato ou ato acontecido independentemente da vontade da vítima.

Já para RODRIGUES (2007, p. 219) lucros cessantes é aquilo que a vítima do acidente razoavelmente deixou de ganhar, exemplificando seu entendimento e expondo que:

Na maioria das vezes, esses lucros cessantes são os dias de serviço perdidos pelo empregado, ou a expectativa de ganho do trabalhador autônomo, demonstrada através daquilo que ele vinha ganhando às vésperas do evento danoso, e que, por conseguinte, muito possivelmente ele continuaria a ganhar não fosse o infeliz acidente.

Considerando que a atividade médica lida essencialmente com o direito à saúde e à vida, tem-se por certo que caso reste caracterizada a responsabilização civil do profissional, por dolo ou por culpa, de modo leve ao paciente a impossibilidade de continuar na realização de suas atividades econômicas regulares ou que externe a frustração do crescimento patrimonial esperado, haverá a necessidade de reparação dos danos representados pelo que deixou-se de angariar em razão de tal conduta.

Lado outro, da mesma forma mas considerando a situação inversa, cogita-se também da hipótese onde o paciente de profissional médico cause danos ao comunicar e propagar equivocadamente a ocorrência de erro médico, de forma que gere ao profissional queda de clientela, com clara interferência nas suas atividades e consequente diminuição da aferição de lucros, o que, por óbvio, demandaria complexa instrução probatória, mas perfeitamente possível.

3.4.2 Dano moral ou extrapatrimonial

Uma vez presentes os pressupostos da responsabilidade civil médica, quais sejam, ação ou omissão do profissional, existência do nexo de causalidade, do dano, do dolo ou da culpa do agente, emergirá o dever de reparar o prejuízo causado ao paciente.

Quanto aos danos materiais, a reparação não apresenta maiores dificuldades, uma vez que consiste, em resumo, na reposição de tudo quanto o paciente perdeu, bem como tudo quanto deixou de ganhar, contemplando os prejuízos e custos adicionais que experimentou em razão da conduta irregular. Trata-se de prova documental, com comprovação ocorrida durante toda a instrução do processo, com a realização de prova pericial, caso necessário.

No entanto, já em relação à reparação dos danos morais experimentados pelo paciente, é certo que o assunto merece maiores cuidados, de forma que se evite que a questão se transforme em verdadeira “indústria do dano moral”, de forma que se evite que o mero aborrecimento banal ou a sensibilidade exacerbada sejam apresentados como dano moral, em busca desenfreada de indenizações.

Desta forma, ao apreciar situações que envolvam a responsabilidade civil do médico, deverá estar atento à verificação dos pressupostos ensejadores e, neste específico aspecto, avaliar se o dano extrapatrimonial foi capaz de lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não se revestindo em mero incômodo, desconforto ou sensação desagradável advinda do procedimento médico. Com efeito, estes últimos absolutamente não configuram dano moral.

Uma vez apreciada a má conduta médica do profissional (*mala praxis medica*) deve-se encarar a análise com singularidade, já que o erro médico não pode ser configurado apenas pela singela vontade do paciente, ou seja, naqueles casos, por exemplo, que se verifica o erro do próprio paciente, que confunde o resultado diverso do tratamento médico com o próprio erro médico ou que, propositadamente ou por desleixo, simplesmente descumpre determinação médica, com vistas a tornar-se ofendida, possibilitando, a pretensão para pleito indenizatório.

Por esta razão é que cautelas dos julgadores são necessárias e, principalmente, procedimentos regulares dos profissionais médicos no cumprimento de todas as regulamentações específicas para sua área de atuação, documentando-se de todos os procedimentos tomados, cientificando o paciente de todos os riscos inerentes àquele procedimento e demais condutas aplicáveis à situação.

A conceituação de dano moral é bastante vasta na literatura jurídica nacional.

Sua proteção advém da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que, em seu artigo 5º, incisos V e X, consagra a reparabilidade do dano moral. Com efeito, há a previsão de que o direito de resposta é assegurado na exata medida proporcional

ao agravo, além da possibilidade de indenização por dano material, moral ou à imagem.

Além disso, em premissa básica e essencial, o texto constitucional ainda prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O Código Civil de 2002 atendeu finalmente as exigências da sociedade atual, prevendo no seu artigo 186, já estudado no presente trabalho, a obrigação do agente causador do dano em repará-lo caso tenha causado por meio de ato ilícito.

Dano moral refere-se à lesão que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor, sofrimento, angústia, vexame ou humilhação. Ocorre no íntimo das pessoas e se torna assim insusceptível de valoração pecuniária adequada, levando a reparação a um caráter de compensação pelas aflições experimentadas e de subtrair um desejo de vingança por parte do ofendido (MELO, 2014).

SILVA (1999, p. 2) detalha o conceito de dano moral, afirmando que:

São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Danos morais, seriam, exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, à liberdade, à vida, à integridade corporal.

Consubstancia-se na lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física (ou jurídica), provada pelo fato lesivo (DINIZ, 2006). Para completar seu raciocínio a insigne mestre Maria Helena Diniz complementa afirmando que o dano moral pode consistir na lesão a um interesse jurídica extrapatrimonial relacionado aos chamados “direitos da personalidade (como a vida, integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou aos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família)”.

COELHO (2009) entende que existem duas formas de configuração do dano moral, sendo a primeira relacionada aos danos que atingem o íntimo das pessoas (consideração pessoal e integridade física), tida como dano interno ou subjetivo, com íntima ligação à essência da pessoa humana. A outra forma é o dano moral exterior ou objetivo, que abrange a reputação, imagem e consideração social.

Já CAVALIERI FILHO (2007, p. 85-86) entende que o “dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade”, afirmando peremptoriamente que se trata, em verdade, de uma ofensa a princípio basilar constitucional. O mesmo autor complementa seu raciocínio expondo que o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos, abrangendo também os complexos de ordem ética, entendendo que, por estas razões é melhor denominado de dano imaterial ou não patrimonial.

MELO (2014, p. 38) complementa o raciocínio afirmando que o dano moral:

É toda agressão injusta àqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfação para a vítima, dissuasório para o ofensor e exemplaridade para a sociedade.

Abrangendo ainda mais a conceituação, o mesmo doutrinador citado acima, CAVALIERI FILHO (2007, p. 85) elucida a extensão do dano moral:

O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue - repita-se - é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce a obrigação de indenizar o dano patrimonial - no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Neste aspecto não há distinção alguma entre o dano moral e patrimonial.

É importante frisar que não é qualquer dissabor ou contrariedade que caracteriza a ocorrência do dano moral. Como observa MELO (2014, p. 38) ao esclarecer que a vida na modernidade demanda a coexistência do ser humano com dissabores diversos que fazem parte do dia a dia, afirmando que “alguns contratempos e transtornos são inerentes ao atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade.”

DIAS (2012, p. 12) também leciona com a profundidade que lhe é peculiar, afirmando que o avanço da civilização torna cada vez mais complexas as relações sociais, “com a interpenetração cada vez mais profunda dos círculos de

atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil.”

Não existem critérios definidos pela legislação para separação do dano efetivamente moral dos dissabores normais da vida em sociedade, de modo que trata-se de tarefa árdua a identificação perfeita desta delimitação. Assim, os julgadores acabam buscando apoio na doutrina e jurisprudência para aferir a configuração ou não de ocorrência do dano moral. Há a necessidade premente de utilização de prudência e bom senso para tal constatação.

Abordando o assunto de forma brilhante e ponderando a respeito da reparação do dano por meio da apreciação da qualidade e da quantidade, COELHO (2009, p. 169), apresenta as seguintes lições:

O principal fator que dificulta a perfeita delimitação da qualidade é o relacionamento que mantém com elementos imateriais. Saímos, portanto, da noção restrita de corpo (ou matéria) para entrarmos no campo dos sentimentos (ou alma). Desse modo, passa a existir um elemento interno, de difícil avaliação, uma vez que estamos trabalhando com reações físicas e psíquicas que são muitas vezes influenciadas por fatores axiológicos.

De fato, ao salientar que algo é belo, por exemplo, estamos formulando um juízo de valor (qualidade) sobre um objeto (quantidade). A qualidade conjuga, portanto, dois campos: o quantitativo e o qualitativo.

No que se refere ao dano moral, também teremos que qualificar uma quantidade. Neste sentido, teremos que estabelecer, por exemplo, quanto representada em dinheiro (quantidade) a dor sofrida ou o dano à imagem (qualidade)

É preciso, assim, trabalhar com elementos que, em sua essência, são distintos, o que serve para deixar clara a extrema dificuldade que envolvem a mensuração do dano moral.

De outro lado, também se faz necessário o estabelecimento da necessária avaliação do dano, que certamente ostenta a presença de uma zona de subjetividade na apreciação das chamadas qualidades sensíveis (COELHO, 2009). O mesmo autor ainda aponta que sempre existirão elementos objetivos que poderão ser extraídos do caso concreto, contribuindo para o trabalho de identificação do dano, bem como de sua extensão, indicando exemplificativamente a gravidade da lesão, natureza da ofensa e o meio utilizado para denegrir a imagem da vítima.

Quanto à prova, já ecoa uníssona a afirmação de que não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam, de maneira que, uma vez provado o fato, impõe-se a condenação (MELO, 2014). Uma vez considerando o dano moral como lesão daqueles direitos íntimos dos seres humanos, efetivamente não há logicidade

na exigência da prova da repercussão no íntimo do ofendido dos efeitos de tais condutas danosas.

Com efeito, evidentemente existem danos que devem ser inequivocamente provados, de modo que não basta a mera alegação de sua ocorrência. Por outro lado, existem outros, porém, que se presumem, de sorte que bastará ao requerente a alegação, ficando a cargo da parte adversa a produção de provas em contrário. Entrementes, há a necessidade da comprovação do fato que gerou o dano moral suportado pela vítima, conforme pontuado acima.

Em relação à fixação do valor do dano moral, é certo também que não existe quantificação pré-determinada, devendo a indenização ser fixada em termos razoáveis, não se justificando por óbvio que a reparação dê azo ao enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo seu arbitramento operar-se com moderação.

A indenização deve, em verdade, ser proporcional ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, devendo o julgador orientar-se pelos critérios sugeridos pela doutrina sobre o assunto e pela jurisprudência, mas também valendo-se da sua experiência e bom senso, atento às peculiaridades do caso concreto e à realidade da vida.

A reparação dos danos, consequência diretamente ligada à subsunção do caso concreto ao instituto da responsabilidade civil, possui um efeito profilático, de modo que serve para prevenir de novos danos futuros.

Nos casos de indenização por danos morais em razão de erros médicos, é certo que o arbitramento também deve ser realizado com moderação e razoabilidade, levando em conta, em especial, a extensão do dano e a condição econômica e social das partes envolvidas na problemática, considerando também as peculiaridades do caso, acrescidas do caráter punitivo e pedagógico da condenação.

Pedidos de danos morais em ações indenizatórias que envolvem erro médico são recorrentes, de sorte que o magistrado deve sempre se apoiar em um juízo lógico jurídico e equânime, com o fito de evitar a banalização do instituto, que, absolutamente, resguarda o princípio constitucional da dignidade humana.

Desta forma, o que tem que ser levado em conta é a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal

ou cível fundada em abuso do exercício da liberdade de manifestação do pensamento ou informação; a retratação espontânea e cabal, antes da propositura das ações penais ou cíveis e, por fim, a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido (REIS, 1998).

De maneira clássica, o que é efetivamente analisado é a extensão do dano, a culpabilidade do ofensor, a eventual culpa concorrente da vítima, a capacidade econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima, o caráter pedagógico-punitivo das indenizações e a razoabilidade.

KFOURI NETO (2013, p. 150) destaca perfeitamente a ponderação razoável e necessária na análise de erros médicos:

Temos reiterado que, nos casos de culpa médica, como o profissional em nenhum momento pretendeu, nem de longe, causar dano à vítima, torna-se especialmente inadequada qualquer menção a essa função punitiva do dano moral. Inda mais porque o médico, sempre e sempre, procurará jamais reincidir naquela conduta reconhecida como culposa, causadora do dano. Assim, não haveria razão para se invocar essa finalidade suasória, profilática, pedagógica, ou “preço do desestímulo”, na quantificação do dano moral, em tais hipóteses.

No mesmo sentido, mas abrangendo a fundamentação da reparação do dano moral, MELO (2014, p. 41) disserta citando, inclusive, o mestre CASILLO (1994, p. 77):

Tratando de erro médico, temos absoluta certeza em afirmar que se fosse dada oportunidade de escolhas aos lesados, ou às suas famílias, jamais desejariam que tivesse ocorrido a lesão. Contudo, como independentemente da vontade das pessoas erros e omissões ocorrem, temos que o sentimento de justiça presente em cada cidadão faz surgir a necessidade de “uma vez verificada a existência do dano, e sendo alguém responsável pela lesão de direito ocorrida, há que se buscar uma solução para o evento danoso”, de tal forma a que se procure “compor a ordem que foi quebrada, o direito que foi ofendido.

A avaliação do dano moral causada por erros médicos, caracterizada pela responsabilização civil do profissional, juntamente com a respectiva quantificação, deve ser feita por meio da análise do caso concreto, de acordo com os dados reais e individuais da situação, de modo que o magistrado possa descrever e fundamentar as razões de sua fixação e a atribuição do dano moral.

3.4.3 Dano estético

Conceituando de forma clássica o dano estético, GARCEZ NETO (1989, p. 55) leciona afirmando que se trata de “toda alteração morfológica do indivíduo, qualquer que seja a sua extensão e tenha ou não exercido qualquer influencia sobre a capacidade laborativa da pessoa.” A bem da verdade, trata-se de dano indenizável por si próprio, já que trata de direito subjetivo próprio, exigindo tutela jurisdicional adequada, através de reparação especial.

Já para (LOPEZ, 2004), trata-se de modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, afirmando ainda que tal modificação teria o condão de acarretar um “enfeamento” que lhe cause humilhações e desgostos, originando-se, portanto, uma dor moral.

O dano estético pode assumir um caráter de qualquer anomalia que a pessoa passe a exibir ou ostentar em seu aspecto físico que seja decorrente de uma agressão à sua integridade pessoal (MELO, 2014). Exemplificando, o mesmo autor (2014, p.42) afirma que “poderá corresponder a uma cicatriz resultante de uma ferida ou a amputação de qualquer dos membros, ou ainda, a perda de um olho.”

Uma vez caracterizado o dano estético é fato que há uma lesão ao direito à integridade física da pessoa, que é indubitavelmente caracterizado como direito personalíssimo, absoluto. Trata-se de uma alteração ou transformação no aspecto físico, exterior da pessoa, sendo que, para sua caracterização, a transformação deverá ser efetiva e permanente, já que se for considerada como transitória, trata-se de dano meramente material (CARDOSO, 2002).

Será então caracterizado o dano estético quando for possível a constatação de que o indivíduo efetivamente sofreu uma injusta agressão, com sequelas de caráter permanente, com alteração das suas feições físicas (MELO, 2014).

Para LOPES (2000, p. 402) trata-se de um prejuízo que poderia ser corrigido por meio de procedimentos cirúrgicos de natureza plástica, afirmando que a:

[...] operação inegavelmente se impõe como incluída na reparação do dano e na sua liquidação. Por conseguinte, o dano estético só pode ter lugar quando se patenteia impossível corrigir o defeito resultante do acidente através dos meios cirúrgicos especializados.

No entanto, é certo que ninguém pode ser obrigatoriamente submetido a procedimento cirúrgico, nem que seja com o fito de corrigir um dano causado anteriormente, de modo que o dano estético assume então o caráter de reparabilidade financeira e indenizatória.

Evidentemente se o médico de maneira culposa acarretar danos de natureza estética ao paciente deverá repará-los. Certamente não conjectura das deformações ou sequelas naturais e decorrentes de qualquer procedimento cirúrgico. Pelo contrário, há a necessidade de constatação de que o dano estético foi além do normal, caracterizado pela atitude culposa ou dolosa do profissional.

Quanto à localização da lesão, pouco importa se situada na aparência externa da vítima. O que de fato é levado em conta é que as deformações, marcas e os defeitos, ainda que mínimos e que pudessem implicar, sob qualquer aspecto, uma aparência mais feia da pessoa ou que possam provocar numa simples lesão “desgostante”, o dano estético assume o caráter indenizatório.

Para LOPEZ (2004, p. 24), o dano estético será sempre caracterizado como um dano moral, “e, na maioria das vezes, concomitantemente, também dano material, mas se dele advierem prejuízos de ordem econômica”.

Já STOCO (2014, p. 669) leciona afirmando que o dano estético está, de maneira íntima, ligado ao dano moral, afirmando que prova, sempre, prejuízos de ordem moral e, às vezes, também de ordem material ou patrimonial, revestindo-se, em verdade, “de espécie do gênero moral”.

No entanto, tal conceituação do dano estético como espécie do dano moral não é pacífica. A bem da verdade, quanto à natureza reparatória e geradora de responsabilidade civil, o próprio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já editou a Súmula de número 387, pacificando que “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, externando, portanto, a diferenciação entre as duas espécies de danos.

Isso porque se permite a cumulação de valores autônomos em processo judicial que visa apuração de reparação de danos morais e estéticos, mesmo que derivados do mesmo fato, uma vez que é possível a apuração em separado, com causas inconfundíveis. Como exemplo, pode se mencionar acidente em que decorreram sequelas psíquicas por si bastante para se reconhecer a existência do dano moral, além da deformação física experimentada, de forma permanente.

Pode-se ainda afirmar que no âmbito dos danos à pessoa, em especial aqueles oriundos de erro médico, certamente há a possibilidade de inclusão no conceito de dano moral, onde situam-se a dor sofrida em consequência de lesão sofrida, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a limitação das potencialidades da pessoa, a perda do gozo sobre a vida, tudo elevado a um grau superlativo quando em decorrência de conduta culposa ou dolosa de profissional da área médica, que lida com o bens essenciais e fundamentais, resguardados e garantidos constitucionalmente: a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Entrementes, estas perdas, todas inequivocamente indenizáveis conforme exposto até o momento, podem existir sem considerar-se o dano estético, sem a deformidade física ou a anomalia accidental que torna um membro defeituoso (aleijão), o que demonstra e fundamenta a necessidade deste tipo de dano ser considerado de forma interdependente do dano moral. Assim, as reparações por danos estéticos e moral, mesmo que se considere aquele como corolário deste, podem ser cumuladas, ainda quando derivados de um mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado.

Desse modo, é razoavelmente justa a possibilidade de cumulação das indenizações por dano moral e dano estético, já que se trata de proteção jurídica juridicamente distinta. Enquanto no dano estético há a ofensa permanente da integridade física do paciente, no dano moral há a ofensa à imagem social, a ocorrência da dor, do complexo de inferioridade na convivência humana, por exemplo.

Vale ainda ressaltar o que prevê os artigos 949 e 950 do Código Civil brasileiro:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Se o dano estético provocado pelo profissional médico por culpa ou dolo efetivamente comprovados e esta ofensa impeça ou influa o exercício profissional do paciente, aplicar-se-á o disposto no artigo 950 transcrito acima.

Se, por outro lado, se o dano estético não influenciar na capacidade laborativa do paciente, será aplicado ao caso o artigo 949.

O Tribunal de Justiça de São Paulo⁵ já julgou situação em que o profissional médico responsável pela cirurgia bariátrica entendeu por bem realizar, por mera questão de humanidade e ajuda ao próximo segundo duas afirmações, procedimento estético para retirada das sobras de tecidos, ocasião em que assumiu o risco desta atividade para a qual não era especialista e, não sendo atingido o resultado, foi condenado na obrigação de indenizar diante do dano estético advindo do procedimento defeituoso. Confira-se:

ERRO MÉDICO. Indenização por danos morais e danos materiais. Medico que realizou cirurgia bariátrica com retirada de tecidos, sem que, para esse último procedimento, tivesse habilitação técnica. Dano estético caracterizado Laudo pericial que comprova o nexo de causalidade. Explicação, técnica, a respeito de não ser conveniente realizar esses procedimentos conjuntamente, suficiente para acentuar esse outro risco assumido pelo profissional. Recurso dele voltado a alterar esse resultado, provido apenas na parte necessária a adequar a indenização, conseqüentemente, prejudicando o da autora da ação, que pretendia elevar essa condenação. Apelação nº 0001907-78.2007.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante/apelado ALVARO LUCAS CERAVOLO, é apelado/apelante INAIA ROBERTA DA SILVA NASCIMENTO. O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente) e ENIO ZULIANI. Julgado em 27 de setembro de 2012. Desembargador Relator TEIXEIRA LEITE.

Pelo o que se entrevê, Álvaro, médico especialista para realização de cirurgias de estômago, após a realização da cirurgia bariátrica, se dispôs “por mera questão de humanidade e sentimento de ajuda ao próximo”(fls. 91) se propôs a retirar as sobras de tecidos pela técnica de abdominoplastia, cobrando a módica quantia de R\$ 900,00. Dai porque alega não se tratar de cirurgia plástica, o que, de fato, não é sua especialidade, e com isso informou que isto deveria ser posteriormente realizado, assim limitando aquele seu proceder apenas para retirar um excesso de pele, completando o encerramento do procedimento para o qual é suficientemente habilitado, o que, aliás, não se questiona. Sucede que, como bem fundamentado pelo d. Magistrado, não é razoável, que Álvaro,

⁵ Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0001907-78.2007&foroNumeroUnificado=0482&dePesquisaNuUnificado=0001907-78.2007.8.26.0482&dePesquisaNuAntigo=>>>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

sem habilitação técnica para realizar cirurgia plástica na pessoa da autora, se aproximasse dessa atividade, ainda que restrito ao resultado daquela que bem realizava, até porque, como esclarecido pela perícia, questionável também a oportunidade dessa opção. A propósito, em resposta ao quesito - “É conveniente associar à cirurgia bariátrica, no mesmo ato cirúrgico, a dermolipectomia abdominal?” - a resposta : “Não é conveniente. Porém cabe ao médico avaliar individualmente o caso clínico, no momento do diagnóstico e para tal, formular a melhor estratégia cirúrgica.” Feito isso, assumido esse risco pelo profissional, restava a paciente consentir com a retirada dessa sobra de tecidos, evidentemente, pela razoável expectativa de uma aparência estética melhor, ou seja, um resultado satisfatório e que, infelizmente, não se encontrou. Com isso, prepondera que não haveria razão de tal permissão caso não sugerida essa possibilidade, o que remete essa parte da cirurgia para uma obrigação de resultado, não atingido, aliás, o que bem se apura das fotografias encontradas nos autos e, da prova técnica.

(...)

Assim, sendo inegável, que houve culpa do médico, é de se concluir, portanto, pela existência no nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado, gerando o seu dever de indenizar, cabem dois reparos, agora em atenção aos argumentos encontrados no recurso do réu, consequentemente prejudicando o da autora. No caso, foi bem determinada a obrigação de custeio de uma cirurgia reparadora, a ser realizada por médico de confiança da paciente. Contudo, isso deve ter um limite, sempre associado a um contexto sócio econômico, também do local e conveniência, e assim não deverá ultrapassar R\$15.000,00, facultando-se ao réu socorrer-se de indicações, etc. Por outro lado, ainda dentro dessa análise, cabe adequar a indenização por dano moral a R\$10.000,00, mantido, no mais, e conforme esclarecido pelo d. Magistrado, a correção monetária nos parâmetros da Súmula 362 do STJ, além dos juros, e sucumbência.

Discute-se ainda a respeito da cumulatividade do dano estético com a indenização por diminuição da capacidade laborativa, de forma que a posição mais acertada parece ser a de LOPEZ, que afirma que se a vítima sofreu as duas facetas deste dano, deverá ser duplamente indenizada (LOPEZ, 2004).

3.4.4 Da perda de uma chance

Trata-se de matéria instigante, notadamente no instituto da responsabilidade civil médica, originando um agravamento no estatuto da culpa médica.

Sustenta KFOURI NETO (2013, p. 78) que “às vezes, será solução justa, para contrabalançar o caráter aleatório da prova – e a rigidez do tudo ou nada”.

De origem e inspiração francesa, a denominada “teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência”, denota a possibilidade ao lesado do suporte jurídico necessário para pleitear reparação indenizatória em caso de frustração do

atendimento médico que possa lhe ter privado de alguma chance na obtenção da cura ou, ao menos, na busca dela (MELO, 2014).

Trata-se da perda de uma chance de resultado favorável no tratamento (KFOURI NETO, 2013). Se a conduta do profissional médico privar o seu paciente da obtenção da cura ou a melhora da sua condição de saúde, haverá a responsabilização civil deste profissional (CARDOSO, 2002). O médico pode, por exemplo, deixar de prestar todas as informações necessárias ao paciente sobre a moléstia que lhe acomete e, desta maneira, impossibilitar-lhe de tomar uma decisão que lhe seja mais favorável.

Quando se estuda a responsabilidade civil do médico, em qualquer procedimento, é impossível afastar-nos da ideia da aplicação desta teoria. Isso porque é de grande utilidade na responsabilidade civil, já que suas obrigações são taxadas sempre, a princípio, como de meio, tornando eficaz, portanto, a proteção contra os danos desta natureza.

No entanto, a chance tolhida com a conduta culposa do profissional médico, deve ser séria, viável, plausível e não meramente eventual (CARDOSO, 2002).

Da mesma forma, tem-se que a reparação, no entanto, não será integral, posto que o que se indeniza não é o prejuízo final, mas sim a chance perdida (KFOURI NETO, 2013). Trata-se de responsabilidade civil reconhecida, mas onde não estamos diante de uma certeza absoluta, mas sim de uma probabilidade, repousando a situação em característica intermediária, entre o bom exercício da medicina e o erro médico.

No caso do erro médico, a aplicabilidade de tal teoria surge uma vez constatado que, pela intervenção médica - ou pela não intervenção, o paciente perde a possibilidade de se curar ou se ver livre determinada enfermidade.

Nas sábias palavras de SEVERO (1996, p. 12):

De outro lado, há também a situação do médico por cuja falta perdeu o paciente a possibilidade de recuperação ou sobrevivência; ou, em hipótese similar, a situação do médico que, descumprindo o seu dever de informação, privou o paciente da possibilidade de tomar uma decisão adequada. Ambos casos representam a frustração da chance de evitar uma perda que se projetará no tempo, na forma de um dano futuro.

Em se tratando da culpa médica, uma vez existindo a ação omissão que efetivamente comprometa as chances de vida ou de integridade física do paciente, admitir-se-á a aplicação da teoria da perda de uma chance.

O profissional médico, podendo ou devendo interromper o processo natural da enfermidade, assim não agiu, ou em razão de se abster de atuar ou por ter adotado medidas ineficazes e inócuas (KFOURI NETO, 2013). O mesmo autor continua sustentando que o médico terá descumprido esta forma uma obrigação jurídica de atuação e, em razão deste descumprimento, ser-lhe-á imputável o dano resultante de um processo natural.

Frise-se que não se afirma que o próprio médico causou o dano. A perda de uma chance não questiona o liame causal, de sorte que apenas responsabiliza o profissional pela sonegação ao paciente de uma chance, independentemente do resultado.

A perda de uma chance indeniza, na realidade, a própria chance, a oportunidade subtraída à vítima, não o prejuízo final, daí a razão de falar-se em parcial reparação (KFOURI NETO, 2013).

Interessante julgamento é transcrito por KFOURI NETO (2013, p. 78), onde se verifica a aplicação de tal teoria ao instituto da responsabilidade civil médica, acórdão relatado pelo Desembargador Araken de Assis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Responsabilidade civil. Médico. Comporta-se contra a prudência médico que dá alta a paciente, a instâncias deste, apesar de seu estado febril não recomendar a liberação, e, comunicado, posteriormente, do agravamento do quadro, prescreve sem vê-lo pessoalmente. O retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver. Também contribuiu a vítima à extensão do dano insistindo na alta. Limites indenizativos remetidos à liquidação. Verba honorária alterada. Apelação provida em parte. (RJTJRS 158/214). Condenação, de 408 salários mínimos, a título de dano moral, foi reduzida em trinta por cento (30%), devido a essa contribuição da vítima.

Em julgado datado do ano de 2013 e também colacionado por KFOURI NETO (2013, p. 78-79), a Ministra Nancy Andrighi estabeleceu os contornos da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil dos médicos. Confira-se:

[...] nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no plano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida

que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade.

Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo, do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁶ também já entendeu da mesma forma, afastando a responsabilidade por erro médico em razão de falecimento de paciente de cirurgia bariátrica, mas fixando indenização pela perda de uma chance. Confira-se os detalhes:

Responsabilidade civil - Danos morais - Falecimento de paciente de cirurgia bariátrica em razão de infecção generalizada no pós-operatório - Decisão de improcedência quanto ao médico e ao nosocômio – Recurso dos autores, irmãos da paciente - Ausência de erro médico quanto à cirurgia, mas negligência do profissional ao não tomar providências que estavam ao seu alcance para debelar a infecção trazendo à paciente chance de se restabelecer - Teoria da perda de uma chance – Reparação que se faz necessária, acolhendo-se o recurso dos autores - Hospital que não participou dos procedimentos cirúrgicos e demais atendimentos à paciente particular do médico - Um único atendimento provado em suas dependências que não indica continuidade de prestação de serviços - Recurso parcialmente provido.

(...) Ocorre que, no pós-operatório grave infecção atingiu Sueli que chegou a ser atendida pelo Dr. Szego não no Hospital Jaraguá ou em sua clínica particular, mas em consultório onde também atendia seus pacientes particulares no Hospital Albert Einstein.

Naquela oportunidade foi irrealizada drenagem abdominal com a liberação de grande quantidade de material pútrido e purulento, com alívio temporário das dores que atormentavam a paciente, mas o médico insistiu na medicação então receitada (Cipro500) para combater a infecção. No entanto, a abordagem daquele quadro não foi além daquela drenagem, não tendo o médico providenciado ou ordenado a realização de exames mais aprofundados das secreções, até mesmo para melhor identificar qual a bactéria que se apresentava e talvez, até alterado sua prescrição para medicação de maior eficácia. Residiu aí a culpa na modalidade negligência, que se afigura como apta a considerar que à paciente não foi dada melhor chance de vencer a gravíssima infecção que foi a causadora de sua morte precoce.

⁶Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0043647-03.2004&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0043647-03.2004.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

Tal aspecto da abordagem feita pelo médico recorrido foi ressaltada pelo perito oficial com clareza meridiana, indicando falta de providências a serem tomadas diante do quadro apresentado para combater aquela infecção que se generalizou, providências que a boa prática médica indicava.

A perda de uma chance resume-se na ausência de atividade diligente do profissional, no caso médico, em benefício daquele que por ele se vê assistido e que, embora tivesse chances de se ver curado do mal que o acomete, não é alvo dos cuidados e providências científicas colocadas à disposição do médico, não são utilizadas por ausência de determinação ou simples omissão, retirando do paciente a possibilidade de recuperar-se.

No caso dos autos, a falta de realização de exames laboratoriais que poderiam aclarar as causas da infecção foram solenemente ignoradas pelo profissional, muito embora portador de qualidades técnico-profissionais que reconhecidamente detinha. Apelação nº 0043647-03.2004.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Desembargador Relator FÁBIO QUADROS, julgado em 26/06/2014.

3.5 DA IATROGENIA – MODALIDADE CULPOSA OU EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Considerando a especificidade e complexidade das ciências ligadas à saúde, muitas vezes os procedimentos necessários a recuperação ou manutenção da saúde e qualidade de vida dos seres humanos escapam ao entendimento dos juristas (SALES PERES et al., 2008).

Iatrogenia é uma expressão utilizada para indicar o dano que é causado pelo médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados (GONÇALVES, 2008).

SALES PERES (et al., 2008, p. 676), afirma que a iatrogenia pode parecer ao leigo uma ação culposa equiparada à negligência, imperícia ou imprudência, no entanto, diferencia-se em muito de tais conceituações. Confira-se a brilhante lição:

Iatrogenia, do grego *iatros* (médico) e *genea* (origem), significa efeito que tem origem na prescrição do médico sendo empregado, o termo, em geral, para designar os erros da conduta médica. É que, às vezes, profissional da Saúde que busca fazer o bem deve assemelhar o resultado iatrogênico de alguma prescrição medicamentosa a erro, que não o é. Diz-se iatrogênica qualquer alteração para pior da saúde do paciente decorrente de diagnóstico ou tratamento recomendado.

Mas daí dizer que houve erro do profissional da Saúde pode gerar o risco de banalizar a diversidade dos seres humanos admitindo-se que o fato de uma droga não produzir efeitos colaterais em algumas pessoas gerará mesmo efeito em todas as outras. Depois, porque na área da Saúde a ciência é dependente da variabilidade inerente de cada ser humano.

A bem da verdade trata-se de expressão utilizada para indicar que o procedimento se aproxima de uma simples imperfeição e conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica, sendo por isso escusável (GONÇALVES, 2008).

O avanço da medicina moderna permite a conceituação da iatrogenia como todo e qualquer dano causado ao paciente pela ação médica ou os males provocados pelo próprio tratamento prescrito. É certo que sua ocorrência tem o condão de obstar que o fato entre no campo da responsabilidade civil, considerando a nítida obrigação de meio assumida pelos profissionais médicos que visam, *a priori*, o cuidado com a saúde alheia (CARVALHO, 2013).

A ocorrência de casos que se enquadram ao conceito de iatrogenia levam a conclusão da similitude ao instituto do acidente imprevisível, onde há um dano à integridade do paciente causado por caso fortuito ou força maior durante a atividade médica, insuscetível de ser evitado por não ser previsto, onde não há responsabilidade civil médica, por inexistir nexo de causalidade entre a conduta do profissional da saúde e o dano experimentado pelo paciente em sua saúde ou vida (DINIZ, 2014).

O mesmo entendimento é exposto pelo brilhante FRANÇA (2014, p. 253):

A primeira coisa a ser ressaltada é que nem todo resultado adverso na assistência à saúde individual ou coletiva é sinônimo de erro médico. A partir dessa premissa, deve-se começar a desfazer o preconceito que existe em torno dos resultados atípicos e indesejados na relação profissional entre médico e paciente. [...] No acidente imprevisível há um resultado lesivo, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em face dele, porém incapaz de ser previsto e evitado, não só pelo autor, mas por outro qualquer em seu lugar.

A medicina é uma ciência e, como tal, possui limitações. Além disso, o médico é um ser humano e, logo, por óbvio, falível. Tal profissional ainda trabalha com informações que lhe são fornecidas pelo paciente, cuja verdade varia de acordo com as circunstâncias e conveniências. Além do mais, é preciso ponderar que o organismo humano reage de forma diferenciada de pessoa para pessoa submetida a um mesmo tratamento (MELO, 2008).

Salutar ainda transcrever a ponderação de MELO (2008, p. 84-85), que discorre sobre o erro escusável na medicina.

Nesse quadro, erro escusável será aquele decorrente de falhas não imputáveis ao médico e que dependam das contingências naturais e das limitações da medicina, bem como naqueles em que tudo foi feito corretamente, porém o doente havia omitido informações ou ainda quando ele não colaborou para o correto processo de diagnóstico ou tratamento. Nesse caso o erro existe, porém será considerado intrínseco à profissão ou decorrente da natureza humana, não se podendo atribuir culpa ao médico. [...] Isto é, o erro profissional quando advindo das imperfeições da própria arte ou ciência, embora possa acarretar consequências e resultados danosos ou de perigo, não implicará (necessariamente) no dever de indenizar, desde que o profissional tenha empregado correta e oportunamente os conhecimentos e regras atuais de sua ciência.

Em arremate, sustenta-se definição de que a iatrogenia é, portanto, dano causado por erro médico em pessoas sadias ou doentes, através do uso de técnicas e fármacos necessários para vencer crises ou surtos, não subsumindo-se à responsabilização civil e, conseqüentemente, à indenização reparatória (CARVALHO, 2013).

É ainda necessário afirmar que para aceitabilidade da iatrogenia, o profissional da área da saúde deverá proceder de forma absolutamente regular em todos os procedimentos necessários na execução de tratamentos, acompanhamento e preservação, bem como todo suporte de informações ao paciente (SALES PERES et al., 2008), de sorte que eventual conduta irregular poderá acarretar a responsabilização civil do profissional.

A relevância do tema permite a afirmação de que deve-se dispensar maior atenção a iatrogenia, de modo que aos profissionais da área médica não recaiam a falsa impressão de culpa, de ilícito ou de dano provocado intencionalmente e mascarado com a afirmação da ocorrência lesão iatrogênica.

Neste exato sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁷ em 07 de novembro de 2013:

Responsabilidade civil Erro médico Relação de subordinação entre médico e hospital confirmada Plano de saúde modalidade “livre escolha” que traz lista de profissionais recomendados Influência na opção do paciente Legitimidade do hospital e do convênio Laparoscopia Perfuração do intestino da paciente que culminou com agravamento do quadro clínico, coma e necessidade de cirurgias reparadoras Danos que poderiam ser evitados apesar da previsibilidade Responsabilidade subjetiva bem evidenciada Perícia lacônica e apuração administrativa do Conselho de

⁷ Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0021139-35.2005&foroNumeroUnificado=0001&dePesquisaNuUnificado=0021139-35.2005.8.26.0001&dePesquisaNuAntigo=>>>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

Medicina que não são hábeis a afastar a responsabilidade indenização devida, porém minorada Recursos parcialmente providos. VOTO Nº: 14.507 APEL.Nº: 0021139-35.2005.8.26.0001 COMARCA: SÃO PAULO FORUM REGIONAL DE SANTANA JUÍZ : JORGE ALBERTO QUADROS DE CARVALHO SILVA APTE. : CELSO ROCHA DA SILVA e OUTROS APDA. : INES RIBEIRO DOMINGUES.

Desta decisão, extraem-se as seguintes passagens relevantes para o presente estudo:

Iatrogenia é a “parte da Medicina que estuda a ocorrência de doenças que se originam do tratamento de outras; patologia da terapêutica” (dicionário Michaelis) , ou seja, complicações inerentes ao procedimento médico. Preleciona José Carlos Maldonado de Carvalho que “por se aproximar da denominada imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na falibilidade médica, que a iatrogenia tem servido de anteparo aos erros médicos, afastando, por conseguinte, a responsabilidade civil. Independentemente do enfoque que se dê, certo é que algumas ações médicas que provocam efeitos psicossociais indesejáveis, apesar de serem rotuladas como iatrogênicas, escondem, sob o manto da simulação, um dano que poderia ser evitado, fruto de situação em que o médico, apesar da previsibilidade nociva, anuiu com o resultado” (“Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil” - pg. 11 - ed. Lumen Juris, 2ª ed.).

Nesse sentido já decidiu esse tribunal:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. Cirurgia de herniorrafia (hérnia inguinal). Complicações pós-cirúrgicas que resultaram lesão grave no nervo femoral (perna direita). Laudo pericial que concluiu pela não configuração de má prática médica nos procedimentos cirúrgicos e anestésicos realizados. Iatrogenia que, por si só, não descaracteriza a responsabilidade civil. Dever de indenizar caracterizado. Dano moral, indenização arbitrada em R\$ 50.000,00. Pensão mensal vitalícia devida a partir da data da citação, fixada em um salário mínimo. Pedido atrelado a evento futuro e incerto não acolhido (condenação da ré a arcar com eventuais próteses ou órteses que vierem a ser necessárias). Sentença que julgou o pedido improcedente reformada. Pretensão acolhida em parte. Desse último julgado destaco o seguinte trecho, porque de relevância para o que aqui se discute: “Em resposta aos quesitos complementares, o perito reconheceu que a lesão causada à autora não é consequência natural do tipo de intervenção cirúrgica e da anestesia ministrada, consistindo em lesão iatrogênica (fls. 282/283). Consoante leciona RUI STOCO, ‘A expressão ‘iatrogenia’ busca expressar um dano causado ao paciente pelo médico em razão de ação ou omissão no exercício de sua atividade ou especialização. (...) Traduz apenas um acontecimento ou resultado danoso decorrente da atuação médica.’ Élida Sá entende que iatrogenia ‘não se confunde com o erro médico, com a simulação ou com a má-fé, que geram inegavelmente responsabilidade civil, penal e administrativa’ (Élida Sá, *Inter-relações de direito e das ciências biomédicas*, Rio de Janeiro, Dujur-DP, 1998, p.3).’ Com todo o respeito, não há como acompanhar tal entendimento, uma vez que a expressão iatrogenia, por si só, não tem o condão de descaracterizar a responsabilidade civil, pois, ‘apenas indica um fato, mas não contém, desde logo, qualquer qualificação, nem está afeta de qualquer contingente interno. Não traduz um fazer permitido, ou um não fazer quando devia (quod debeatur), nem contém uma referência de licitude, de ilicitude ou quinhão ou cota interna de aprovação ou reprovação. Não está, ainda, informada por um juízo de aprovação ou de reprovabilidade.’ Segundo o cirurgião Paulo Jatene, existem três tipos de iatrogenia:

'1 lesões previsíveis, sabendo-se que o procedimento implica sequela (ex.: cirurgias mutiladoras como amputações de membros (visíveis), gastrectomias, colecistectomias, apendicectomias (não visíveis); 2 lesões previsíveis, porém inesperadas, podendo o procedimento acarretar lesões inerentes à técnica (ex.: reação alérgica decorrente do uso de contrastes radiológicos); 3 lesões decorrentes de falha do comportamento humano no exercício da profissão, caso em que as falhas são passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico (ex.: confusão da veia safena com artéria femural durante cirurgias de varizes, levando à gangrena)' Assim sendo, conclui-se que, a despeito da declarada natureza iatrogênica das lesões suportadas pela autora, a responsabilidade do médico depende de juízo de valor e deve ser analisada." (APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 0035077-72.2004.8.26.0053 Relator: Paulo Galizia - 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo)

4 Objetivo

4 OBJETIVO

4.1 OBJETIVO GERAL

O objeto deste trabalho é realizar uma revista de literatura a fim de se identificar e estabelecer os liames do instituto da responsabilidade civil, elaborando-se, preliminarmente, uma discussão a respeito do tema, seus alcances e implicações, especificamente considerando a atividade médica e as cirurgias bariátricas, em crescimento exponencial no Brasil e no mundo, tendo em vista o crescimento da obesidade. Trata-se de procedimento médico demasiadamente importante e complexo, recomendado tanto para casos de obesidade mórbida pela sua eficácia na perda do peso de forma estável e duradoura, quanto para as comorbidades, não se afastando a presente análise das responsabilidades atribuíveis aos médicos que lidam com tal enfermidade.

Fomenta-se a importância de se estabelecer a criterização da obrigação de meio ou de resultado do médico quando da realização do procedimento cirúrgico, tudo sob a ótica da legislação civil e consumerista, inequivocamente aplicável ao caso.

Sob este aspecto, pretende-se então apurar as responsabilidades dos profissionais da área médica, em específico, aos médicos que lidam com a cirurgia bariátrica, seus requisitos, indicações, peculiaridades e especificidades, já que necessariamente há atuação multidisciplinar, evidenciando a necessidade de cautela pormenorizada no trato com os pacientes, tanto na opção pelo procedimento, quanto obviamente na sua realização e no pós-operatório.

Por fim, pretende-se delinear condutas preventivas e necessárias a serem tomadas pelos médicos na busca do cumprimento de requisitos e prevenção de processos indenizatórios ligados ao erro médico ocorrido na cirurgia bariátrica.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Estabelecer crítica a respeito da conceituação da responsabilidade civil por erro médico em cirurgias bariátricas.
2. Definir quais são as condutas básicas que necessariamente devem ser tomadas pelos médicos quando da realização das cirurgias bariátricas.
3. Vislumbrar a forma de caracterização do erro médico, em especial sob o enfoque da necessidade da prova pericial médica.
4. Identificar quais os procedimentos mais comuns que geram a caracterização de erro médico e, por consequência, subsunção a responsabilização civil e pleito indenizatório por parte dos pacientes.

5 Discussão

5 DISCUSSÃO

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Para o desenvolvimento do presente trabalho, do ponto de vista teórico, fez-se necessária uma abordagem jurídica a respeito da identificação conceitual da obesidade, bem como seus reflexos naturais no aumento dos procedimentos cirúrgicos visando sanar tal enfermidade.

Com base nessa premissa, estabeleceu-se o necessário papel do direito dentro da sociedade, com a identificação da hierarquia de valores advindos da Constituição Federal e a correta finalidade desempenhada pelas normas jurídicas aplicadas a cada situação concreta, enquadrando-se a obesidade como problema de saúde pública mundial.

Desta forma, pautando-se na identificação inicial e na verificação das premissas ideológicas do ordenamento jurídico brasileiro, expressados nos princípios fundamentais constantes no texto constitucional, em especial no tratamento dispensado ao direito à vida, à saúde e à defesa do consumidor, que são tidos como valores maiores nesta ordem de ideias, sempre tendo em vista a dignidade da pessoa humana, torna-se mais evidente e fácil de compreender o tratamento diferenciado dispensado ao consumidor, ainda mais quando se cogita que no campo médico o bem jurídico tutelado é a saúde e a vida humana.

Assim, o consumidor é considerado a parte vulnerável nesta relação jurídica estabelecida com o fornecedor de serviços médicos, seja considerando a entidade privada ou pública ou o profissional liberal, este último objeto de estudo do presente trabalho, de modo que lhe são aplicáveis as normas de proteção consumeristas de forma indubitável.

Esta aplicação fundamenta-se diante das evidentes transformações socioeconômicas e de acesso à informação, provenientes da coletivização dos interesses e a indesejável massificação dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo. Assim, a inserção de disposições especiais na legislação consumerista reconhece a questão como de ordem pública e de franco interesse social, o que, no campo da responsabilização civil, tem como escopo a busca do equilíbrio da relação jurídica, com soluções compatíveis para que se possa atingir a

igualdade efetiva entre as partes envolvidas, o que se torna ainda mais evidente e relevante quando se trata de relações entre pacientes e profissionais da área médica, dada a relevância do bem jurídico tutelado.

Conceituou-se então a obesidade, apontando-a como decorrente de um processo histórico, sendo atualmente encarada como grave problema de saúde pública mundial, considerando o aumento exponencial desta enfermidade. Delineou-se também que a Organização Mundial da Saúde (2004, p. 156), indica algumas estratégias básicas para o controle da obesidade, consistentes na prevenção do ganho de peso; promoção da manutenção do peso; controle das comorbidades da obesidade; e a promoção da perda do peso.

Dentre tais possibilidades, apresentam-se as diversas modalidades de cirurgia bariátrica, popularmente chamada de redução de estômago, como alternativa segura e eficaz para o tratamento da obesidade mórbida e também para o tratamento das comorbidades advindas dela. Trata-se de procedimento extremamente complexo do ponto de vista médico, que necessariamente envolve equipe multiprofissional, recomendado para determinados casos pela sua eficácia em relação à obesidade e às comorbidades, evidenciando que o estudo dos erros médicos ocorridos na cirurgia bariátrica torna-se ainda mais relevante.

Efetuuou-se, assim, uma análise verticalizada e conceitual a respeito do instituto da responsabilidade civil no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, adequando o estudo na sua aplicação ao exercício da atividade médica, analisando-se ainda a forma de subsunção dos erros médicos ao ordenamento jurídico, sua forma de prova e a necessária instrução processual respaldada em prova pericial médica para apurar a correta responsabilização do profissional, especialmente considerando a possibilidade de ocorrência da iatrogenia e das variáveis envolvendo as diversas reações orgânicas, características anatômicas e até mesmo a efetiva participação do paciente no tratamento pré e pós-operatório.

Assim, quanto à responsabilidade civil dos médicos por erros causadores de danos em razão do exercício de sua profissão, tem-se que, enquanto profissionais liberais, será apurada necessariamente mediante a verificação da ocorrência de culpa em uma das suas modalidades (imprudência, negligência ou imperícia), nos termos do Código de Defesa do Consumidor (§ 4º, artigo 14) e Código Civil (artigo 951).

Os profissionais médicos têm deveres a serem observados, tanto no momento pré-operatório, quanto após a realização da intervenção cirúrgica, de sorte que a violação deles será o primeiro pressuposto de sua responsabilização.

A forma de apresentação da necessidade de realização da cirurgia bariátrica é o ponto de partida para a verificação da eventual conduta irregular do profissional médico. Ou seja, se a intervenção cirúrgica é apresentada como forma necessária para restabelecimento da saúde, apenas depois de ultimadas as tentativas clínicas de perda de peso ou como mero procedimento estético, sendo esta a motivação do paciente albergada pelo profissional.

Existindo desvirtuamento no dever de informar do médico, aí estará presente o primeiro aspecto da análise da responsabilização civil do médico.

Assim, além das premissas advindas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, necessariamente devem ser observadas diretrizes do Conselho Federal de Medicina que, por meio da Resolução CFM Nº 2.131/2015 evidencia um rol de procedimentos com indicações gerais e precauções que devem ser estritamente observadas pelos médicos, sob pena de caracterização do erro médico e responsabilização civil, caso o paciente experimente algum prejuízo e seja comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do profissional e o dano.

No que tange à responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por danos causados ao paciente consumidor, apenas para contextualização dado o enfoque do presente trabalho no estudo dos serviços prestados pelos médicos profissionais liberais, a questão pode ser sintetizada da seguinte forma: a prestação de serviços realizadas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurgerà somente em decorrência do defeito no serviço prestado, dada a lição do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Por outro lado, tem-se os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o nosocômio que serão imputados ao profissional de forma pessoal, eximindo-se a instituição hospitalar de qualquer conduta (artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor), desde que esta não tenha concorrido dolosa ou culposamente para a ocorrência dos danos.

Já em relação aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, responderão solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada devidamente a culpa do profissional.

Neste caso, o nosocômio é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pelo paciente (vítima) de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta, conforme reza o artigo 932 e 933 do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo cabível ao magistrado da causa, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor).

5.2 NATUREZA JURÍDICA DA CIRURGIA BARIÁTRICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO OU OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A diferença entre obrigação de meio e de resultado no que toca à atividade médica fundamenta-se pela imprevisibilidade e imponderabilidade das reações do corpo humano diante das inúmeras intervenções externas.

Ora, a natureza jurídica da prestação de serviços médicos é contratual, admitindo-se em raras hipóteses o caráter extracontratual. Entrementes, é certo que na maioria dos casos o profissional médico se compromete com o préstimo de um serviço consciencioso, atento e de acordo com as técnicas científicas disponíveis no momento da realização do procedimento.

Trata-se então do reconhecimento de que *a priori* e observando a obrigação de meio assumida, o médico não se obriga a restituir a saúde ao paciente, mas sim a conduzir todo o tratamento com a observância das boas práticas, diligências e atento aos protocolos médicos adequados e disponíveis cientificamente para o tratamento da moléstia.

O médico assume o dever de prestar um serviço sem se comprometer com a obtenção de um resultado específico, mas, sim, de dedicar-se a dispensar zelo, esforço, cuidado e diligência em razão das circunstâncias, fazendo uso de seu conhecimento e da técnica científica mais avançada para tanto.

Nestes casos de obrigação de meio, em caso de insucesso no tratamento, ao paciente incumbirá mais do que demonstrar o dano, provar que este

decorreu de culpa por parte do médico. Certamente não se trata de matéria probatória simples, devendo ser instruída com farta demonstração e recomendavelmente dever-se-á produzir a prova pericial médica para nutrir o juízo responsável das questões técnicas médicas observadas naquela específica situação.

No entanto, outros casos se diferenciam em razão da obrigação de resultado assumida pelo profissional médico, ou seja, o médico assume um compromisso contratual de que determinada e específica finalidade será efetivamente alcançada. Referimo-nos a um resultado previamente determinado e certo.

As cirurgias plásticas de cunho meramente estético são exemplos clássicos deste tipo de obrigação assumida pelo cirurgião. Evidentemente caso não seja alcançado o resultado, ao paciente será facultada demonstração judicial de que o objetivo colimado não foi atingido, expondo sua pretensão de tutela judicial para que obtenha a obrigação de indenizar, devendo demonstrar o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado), para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a possibilidade da inversão do ônus da prova diante da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

É bom que se esclareça que com a inversão do ônus da prova não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar judicialmente, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, *verba gratia*, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva do paciente, aí também contemplada a hipótese de ocorrência da iatrogenia, conforme se ponderou alhures.

Quanto à cirurgia bariátrica, é certo que momento salutar e relevante, que pode determinar a sorte de todo o tratamento, é o ato da análise diagnóstica que resplandece na arguição do paciente por meio da qual é possível se estabelecer o procedimento adequado.

O médico estabelecerá qual o tratamento cabível à situação clínica que se apresenta, perscrutando a natureza da obesidade mórbida e suas comorbidades, bem como sua extensão e gravidade. Além disso, deve, outrossim, perquirir a motivação do paciente para o tratamento, ou seja, se ligada à melhora de sua saúde ou de natureza meramente estética, não sendo realizada qualquer intervenção clínica em momento anterior, por exemplo.

Assim, são necessários alguns procedimentos básicos definidos COSTALES (1987, apud KFOURI NETO, 2013, p. 101), tais como:

1. Coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença, e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas, etc.);
2. Interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela ciência médica.

Assim, é certo que do diagnóstico dependerá a escolha do tratamento adequado para a obesidade, pois, conforme definido pela Organização Mundial da Saúde (2004, p. 156), algumas estratégias básicas devem ser utilizadas para o controle da obesidade, tais como medidas relacionadas à prevenção do ganho de peso, a efetiva manutenção do peso, com o alcance de controle a respeito das comorbidades da obesidade e, em última instância e como consequência das medidas anteriores, a promoção da perda do peso, de modo que não atingida a finalidade após a realização de tais etapas, a cirurgia bariátrica passa a ser a alternativa viável e segura, já que proporcionará para o paciente a perda de peso estável e duradoura.

Neste aspecto, para segurança jurídica do profissional médico que atua indicando ou propriamente executando a cirurgia bariátrica, ou até mesmo como membro da equipe multidisciplinar, idealmente é recomendado se considerar como premissa básica para definir o futuro do tratamento e a indicação para o procedimento cirúrgico os termos da Resolução CFM Nº 2.131/2015, que evidencia claramente indicações gerais que devem ser seguidas:

1. Pacientes com índice de massa corpórea (IMC) acima de 40 kg/m².
 2. Pacientes com IMC maior que 35 kg/m² e portadores de comorbidades (doenças agravadas pela obesidade e que melhoram quando a mesma é tratada de forma eficaz), que até ameacem a vida como: diabetes, apneia do sono, hipertensão arterial, dislipidemia, doenças cardiovasculares incluindo doença arterial coronariana, infarto do miocárdio (IM), angina, insuficiência cardíaca congestiva (ICC), acidente vascular cerebral, hipertensão e fibrilação atrial, cardiomiopatia dilatada, cor pulmonale e síndrome de hipoventilação, asma grave não controlada, osteoartroses, hérnias discais, refluxo gastroesofageano com indicação cirúrgica, colecistopatia calculosa, pancreatites agudas de repetição, esteatose hepática, incontinência urinária de esforço na
-

mulher, infertilidade masculina e feminina, disfunção erétil, síndrome dos ovários policísticos, veias varicosas e doença hemorroidária, hipertensão intracraniana idiopática (*pseudotumor cerebri*), estigmatização social e depressão.

3. Idade: maiores de 18 anos.
4. Obesidade estabelecida conforme os critérios acima, com tratamento clínico prévio insatisfatório de, pelo menos, dois anos.

A referida resolução é detalhada e ainda especifica claramente quais as precauções que o profissional deve tomar para indicação da cirurgia bariátrica:

1. Não uso de drogas ilícitas ou alcoolismo.
2. Ausência de quadros psicóticos ou demenciais graves ou moderados.
3. Compreensão, por parte do paciente e familiares, dos riscos e mudanças de hábitos inerentes a uma cirurgia de grande porte sobre o tubo digestivo e da necessidade de acompanhamento pós-operatório com a equipe multidisciplinar, a longo prazo.

Há o esclarecimento ainda de que o médico poderá realizar o procedimento em adolescentes com 16 anos completos e menores de 18 anos, mas desde que necessariamente respeitadas todas as condições acima detalhadas, além das exigências legais, com a obtenção da concordância expressa e documentada dos responsáveis legais pelo paciente, a presença de pediatra na equipe multiprofissional responsável pelo tratamento, proceder a análise se ocorreu consolidação das cartilagens das epífases de crescimentos dos punhos e outras precauções especiais, como o risco-benefício do procedimento sendo profundamente estudado.

O termo de consentimento é documento essencial para este tipo de procedimento, seja realizado em menores de 18 anos (maiores de 16 anos), seja em pacientes com mais de 18 anos, devendo ser muito claro e expresso a respeito da complexidade, dos riscos e consequências da realização da cirurgia bariátrica.

Obtemper-se ainda que a resolução esclarece que “não existem evidências na literatura que respaldem a realização de cirurgia bariátrica em menores de 16 anos, sendo a mesma considerada experimental nesta faixa etária, só podendo ser realizada sob as normas do sistema CEP/CONEP”.

Deixa também clarividente que pacientes idosos (acima de 65 anos) poderão realizar a cirurgia, mas desde que respeitadas as condições gerais

elencadas acima, além da necessária “avaliação individual por equipe multiprofissional, avaliação criteriosa do risco-benefício, risco cirúrgico, presença de comorbidades, expectativa de vida e benefícios do emagrecimento”.

Não se entende como um rol exaustivo, sendo que situações diversas das detalhadas poderão ser consideradas como requisitos indicativos para o procedimento, mas, no entanto, essa situação deverá ser avaliada pelo médico com extrema cautela, sob pena de responsabilizar-se por eventuais danos advindos do procedimento.

Desta forma, tem-se que uma vez respeitadas todas as premissas básicas delineadas acima, o médico que atua na realização da cirurgia bariátrica assume nitidamente a obrigação de meio para que o procedimento logre êxito.

Neste contexto, é salutar se ponderar que sempre existirão três visões distintas em relação a apuração do erro médico: a verdade do paciente, a verdade do médico e a verdade real.

Ora, uma vez tendo o profissional médico adotado todas as cautelas para recomendar e realizar o procedimento de cirurgia bariátrica, existindo eventual insucesso ou dano no paciente, caberá então ao julgador buscar e encontrar o ponto justo da questão submetida à apreciação do Poder Judiciário, analisando com objetividade a conduta do profissional, a comprovação do nexo causal entre o procedimento médico e o fato danoso, para sopesar eventual indenização pecuniária que possa abranger com caráter pedagógico, reparatório e sancionador a referida conduta.

Justificam-se tais ponderações, já que nem todo resultado adverso do esperado pode ser imputado ao médico como erro, já que a falibilidade humana é fato notório e inerente à sua natureza.

No entanto, para essa premissa se fazer verdadeira em casos de erros médicos, ao menos haverá de existir o respeito a todo protocolo médico e recomendações atribuíveis à intervenção da cirurgia bariátrica, vislumbrando-se que o profissional agiu na estrita observação dos deveres que lhe são atribuídos do ponto de vista, ético, legal e consuetudinário, sob pena de responsabilização e consequente dever de reparação.

Lado contrário há de se analisar também que a cirurgia bariátrica, mesmo quando altamente recomendada como forma eficaz de perda de peso estável e duradoura, uma vez ainda sendo facultativa, ou seja, por opção do paciente e não

propriamente após já esgotadas as chances exitosas de tratamento clínico e inexistindo risco eminente de morte, assemelhar-se-á àqueles outros procedimentos relacionados às questões estéticas, onde o profissional deve garantir o próprio resultado que, uma vez inalcançado, poderá responder pecuniariamente por tal fato.

Referimo-nos também àquelas hipóteses onde o cirurgião faz-se valer de propagandas, muitas vezes coloridas e com casos de cirurgias bem sucedidas e rostos de belas pessoas, com “antes e depois”, em franco estímulo a cirurgia de um modo tal que não se percebe em outras intervenções.

Trata-se de um desvirtuamento claro do direito de informação, já que na relação médico-paciente hodierna, o elo que alinha a dignidade da pessoa humana com a liberdade é inequivocamente a informação prestada de forma límpida e escorreita a respeito dos procedimentos realizados, consequências, requisitos e motivações.

Aliás, essa é até mesmo a orientação advinda do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), onde o dever de informar, em especial em uma relação médico-paciente, é uma obrigação que pode ser considerada como autônoma, que gera *de per se* – em caso de ausência ou vício em seu préstimo – a responsabilização civil.

O *codex* mencionado acima é claro ao indicar no seu artigo 6º, incisos III e IV, que são direitos básicos do consumidor o acesso a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com a especificação correta e coerente de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes no preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Além disso, o consumidor também é protegido contra a publicidade enganosa e abusiva, além de métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como protegido contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Ora, o direito à informação do paciente é o centro da relação com o profissional médico, de sorte que deve lhe ser franqueado o acesso ao seu estado de saúde, ao diagnóstico de eventuais males que o acometem, os tratamentos possíveis e os riscos inerentes a eles.

Caso o paciente opte por não receber estas informações, deverá nomear representante legal para tanto, mas nunca o médico poderá agir de forma omissa quanto ao préstimo de informações relacionadas ao tratamento, seja diretamente

para o paciente caso tenha condições, seja para algum parente ou terceiro devida e legalmente nomeado para tanto.

Como consequência lógica, a autodeterminação do paciente será salutar neste momento vez que é inequivocamente o receptor da informação, devendo eleger o tratamento e sopesar os riscos inerentes a ele de forma voluntária e livre. Essa situação é materializada na subscrição do termo de consentimento informado, que dá condições ao paciente participar ativamente do processo terapêutico, uma vez que tem ingerência sobre o seu corpo e legitima a conduta do médico.

Esse termo se fundamenta em diretrizes legislativas diversas, com fundamento constitucional (respeito à liberdade), fundamento dogmático (o ato jurídico deve ser voluntário, expressado com discernimento) e fundamentos legais (Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Código de Ética Médica).

A informação adequada e límpida reveste-se, pois, de verdadeiro dever de conduta, permeado pela relação de confiança desenvolvida entre médico e paciente. Trata-se de fator propulsor da liberdade de todo paciente a respeito das questões que envolvem o seu corpo, saúde e vida, de sorte que o dever de informação deve ser tratado como elemento essencial nesta relação e causa autônoma e direta de responsabilização civil, em caso de ausência deste documento ou prestação de informação de forma viciada ou irregular por parte do médico.

Obviamente quando há mácula neste processo, causada pelo profissional da saúde que induz a realização do procedimento sem o cumprimento de todos os requisitos para tanto, ou, de alguma forma, omite qualquer informação a respeito do tratamento, ou ainda, o coloca de forma distorcida da realidade, haverá a responsabilização civil, assumindo o médico, de todo modo, obrigação de resultado em cumprir o que efetiva e praticamente prometeu.

Da mesma forma quando o referido profissional espalha e anuncia a necessidade de realização da cirurgia bariátrica como a panaceia definitiva para a questão da obesidade, sem a observância dos critérios médicos legais para inclusive fundamentar-se a realização do procedimento.

A propaganda promovida em torno do procedimento pode, por si só, gerar a transformação da obrigação *a priori* de meio em obrigação de resultado. Uma vez constatada essa mutação indesejável de responsabilidades, ocorrendo qualquer dano no paciente advindo do procedimento, o médico poderá ser condenado com

mais facilidade e coerência, uma vez que fundamentou o desvirtuamento do procedimento e, em específico, a sua motivação.

Quando, por exemplo, deparamo-nos com propagandas onde são vistas pessoas gordas e magras, todas belas, com clarividente intenção de induzir o paciente à segurança do sucesso e resultado do procedimento. Estas imagens atraem o paciente como não são capazes de fazer os outros procedimentos ou alternativas para tratamento da obesidade. Ora, é certo que ninguém se deixa atrair pela propaganda de um urologista ou cardiologista porque ninguém em sua consciência cogita se submeter a uma cirurgia cardíaca que não seja inequivocamente necessária.

Lado outro, é certo também que vários pacientes obesos já desfalecidos com a situação em que se encontram, se deixam atrair pelas cores vivas e pelo rosto bonito de modelos ou pacientes exitosamente operados. Ocorrendo tais práticas, exsurdirá a transformação da obrigação de meio em obrigação de resultado, existindo inadimplemento contratual, da mesma forma em caso de insuficiência de informações prévias reportadas ao paciente.

Mas não só isso. O próprio atendimento inicial, com as motivações recebidas pelo médico advindas do paciente no que diz respeito ao desejo estético fundamentador da realização do procedimento, caso albergadas pelo médico, poderão gerar responsabilização, já que, ainda desta forma, haverá um desvirtuamento do dever de informação do médico na relação desenvolvida com o paciente.

Ratificando todo o entendimento acima delineado, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino do Superior Tribunal de Justiça proferiu lapidar acórdão em 26 de maio de 2015, em caso que guarda relação direta com as conclusões do presente trabalho.

Pela relevância do entendimento jurisprudencial neste aspecto, transcrever-se-á a integralidade da recente decisão proferida no Agravo em Recurso Especial Nº 334.756 – RJ (2013/0127613-0)⁸:

EMENTA: AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO

⁸ Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201301276130&dt_publicacao=31/03/2015>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ERRO MÉDICO. CIRURGIA BARIÁTRICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRETENSÃO DE REEXAME DOS SEUS PRESSUPOSTOS CONFIGURADORES. REVISÃO DA EXTENSÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS SUPORTADOS PELA PACIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. CABIMENTO. SÚMULA 341/STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALTERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.

Nas razões do agravo regimental, W E G R alega, em suma, que a cirurgia bariátrica é necessária, por se tratar de uma doença, e não estética; que o inadimplemento contratual deve ser afastado; bem como que não há falar em reexame de provas, mas em reavaliação destas. Por sua vez, CLÍNICA SÃO LUCAS LTDA aduz ofensa ao art. 535 do CPC, no que tange à omissão do Tribunal a quo acerca da culpa do profissional liberal; que as conclusões do Tribunal de Origem vão de encontro a várias decisões proferidas por esta Corte Superior quanto à obrigatoriedade da cirurgia bariátrica para a sobrevivência do paciente obeso; que não pretende revolver material fático; a inaplicabilidade da Súmula 341 do STF, em razão de que a culpa do médico não restou provada nos autos; que o W E G R não atuou como preposto da Casa de Saúde, não existindo, naquele ato, qualquer vínculo entre aquele e esta Clínica; bem como que o art. 265 do Código Civil veda a presunção da solidariedade. É relatório.

Com efeito, as razões trazidas nos agravos regimentais não contêm fundamentos aptos a desconstituir a decisão recorrida, a qual fica mantida por seus próprios fundamentos, que passam a fazer parte do julgado. Eis o teor do decisum :

"Vistos etc.

Trata-se de agravos interpostos por WALTER EBENEZER GARCIA RAIMUNDO E CLÍNICA SÃO LUCAS LTDA em face da decisão que negou seguimento a recurso especial interposto contra acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementados: "Apelação Cível. Cirurgia Bariátrica. Paciente que tem o esôfago perfurado durante ato cirúrgico e vê o procedimento ser interrompido para abertura de sua região abdominal, do que restou com longa cicatriz. Resistência da casa de saúde ao argumento de não ser responsável pelos possíveis erros cometidos por médicos estranhos

aos seu quadro. Contestação do segundo réu no sentido Contestação do segundo réu no sentido de ser a perfuração uma das possíveis intercorrências do ato cirúrgico conforme ratificado pelo laudo pericial. Sentença de improcedência. 1- A diferença entre obrigação de meio e de fim, no que toca aos atos médicos, explica-se pela imponderabilidade das reações do corpo humano diante de intervenções externas e pela inevitabilidade da maioria dos procedimentos cirúrgicos, que são realizados para remediar um problema concreto padecido pelo ser humano. 2- **Segundo a cirurgia bariátrica, mesmo quando altamente recomendada, meramente facultativa, assemelha-se ela àqueles outros procedimentos, como a cirurgia estética, em que se deve garantir o próprio resultado.** 3- Convicção que se robustece e, hipótese como a dos autos, em que o **médico cirurgião fez chegar ao paciente propaganda colorida com casos de cirurgias bem sucedidas e rostos de belas pessoas, estimulando a cirurgia de um modo tal que não se percebe em outras intervenções.** 4-Propaganda que, finalmente, elenca entre os possíveis riscos apenas a perfuração do estômago onde afixada a cinta redutora, mas não do esôfago, por onde transita o catéter.

5-Responsabilidade da casa de saúde que se reconhece por ser o segundo réu, ao contrário dos sustentado, funcionário seu, diretor do respectivo CTI. 6- Recurso conhecido e provido para condenar os réus ao pagamento de danos morais e materiais bem como o custeio da cirurgia plástica." (fls. 425/426)

"Embargos de Declaração. Apelação Cível. Cirurgia Bariátrica. Paciente que tem o esôfago perfurado durante ato cirúrgico e vê procedimento ser interrompido para abertura de sua região abdominal, do que restou com longa cicatriz. Resistência da casa de saúde ao argumento de não ser responsável pelos possíveis erros cometidos por médicos ao seu quadro. Contestação do segundo réu no sentido de ser a perfuração uma das possíveis intercorrências do ato cirúrgico conforme ratificado pelo laudo pericial. Omissões Inexistentes. Teses de defesa que foram devidamente enfrentadas pelo Acórdão embargado. Embargos de declaração manejados exclusivamente para prequestionar questão já esclarecida no acórdão. "Vale lembrar que, mesmo com o escopo de prequestionamento, os embargos declaratórios devem obedecer os ditames traçados no art. 535 do CPC, ou seja, só serão cabíveis caso haja no decisório embargado omissão, contradição e/ou

obscuridade." (REsp 1225369/RJ). Embargos dos quais se conhece e aos quais se nega provimento." (fl. 476)

Com relação ao mérito, não merecem prosperar as alegações do médico sobre a aplicação de responsabilidade objetiva à profissional liberal, bem ainda ausência de falhas na prestação do serviço. Com efeito, o Tribunal de origem entendeu pela imputação de responsabilidade civil ao recorrente em razão da insuficiência das informações prestadas à paciente sobre os riscos inerentes ao procedimento. Além disso, o acórdão recorrido assentou que a cirurgia não teria natureza terapêutica, mas sim estética, tendo em vista a sua facultatividade, o que ensejaria a obrigação de resultado e não de meio.

Nesse sentido:

"Embora as obrigações médicas sejam em regra de meio, tem a jurisprudência aberto exceções, como ocorre no caso das cirurgias plásticas e como acredito que deva ocorrer, igualmente, nas ditas cirurgias bariátricas, que vêm se espalhando como uma panacéia ao lado de uma multiplicidade de insucessos dos quais resultaram mortes e deformidades que comprovam o risco conscientemente assumido pelos médicos com sua realização. Esta consciência do perigo, detectável pelo enorme número de sinistros trazidos aos tribunais, se soma a um segundo aspecto que a meu sentir separa a cirurgia bariátrica de outros procedimentos cirúrgicos, a saber, a sua facultatividade. Enquanto as principais cirurgias são feitas por estrita necessidade, porquanto ninguém instala uma ponte de safena por razões estéticas ou retira o apêndice por mera curiosidade, certas **cirurgias como a de correção de miopia ou a bariátrica ou as plásticas possuem em si a especificidade de serem opcionais.** Ninguém morrerá se não tiver a visão corrigida ou o estomago reduzido. Para uns existem os óculos enquanto para outros os regimes tradicionais, de difícil implementação mas sempre possíveis, como tem mostrado a realidade da vida. Se estas duas circunstâncias o grande número de sinistro e a facultatividade - já seriam suficientes para transformar a obrigação de meio em obrigação de resultado, penso que um terceiro fator merece ser agregado, a meu sentir de forma definitiva. É a propaganda promovida pelos médicos em torno do procedimento e que pode ser percebida dos documentos acostados A contestação do segundo réu. Neles são vistas pessoas gordas e magras, todas belas, como a velha propaganda dos cigarros com

cowboys em cima de cavalos selvagens, numa linda paisagem do oeste americano. Com efeito, essas imagens atraem o cidadão como no são capazes de fazer os outros procedimentos. Ninguém se deixa atrair pelo comercial de um urologista ou cardiologista porque ninguém cogita se submeter a uma cirurgia cardíaca que não seja estritamente necessária. Mas vários se deixam atrair pelas cores vivas e pelo rosto bonito de modelos ou pacientes exitosamente operados. Transformada a obrigação de meio em resultado, resta claro que a perfuração do esôfago e a cicatriz importaram em inadimplemento contratual que está a merecer as devidas sanções. Ate porque, este o último argumento em favor da autora, não consta das brochuras acostadas à contestação quaisquer referencias à possibilidade de perfuração do esôfago do paciente. Há ali inúmeros alertas sobre a possibilidade de perfuração do estômago, onde a cinta é afixada pelo medico para reduzir o tamanho do órgão. Mas nenhuma alusão é feita ao esôfago, por onde as sondas são introduzidas. De modo que por mais que fosse inerente ao procedimento, como diz o laudo, é indubitável que o risco de perfuração no esôfago deveria ter sido apontado e não foi." (fls. 429/430).

Dessa forma, ainda que no caso a obrigação fosse de resultado, por não se tratar de procedimento terapêutico, não haveria a aplicação de responsabilidade objetiva ao profissional liberal, e sim subjetiva com culpa presumida. Nesse sentido: "CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética.
2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não

é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, **este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado**, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. **No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico.** Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). (grifou-se)

6. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 236.708/MG, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 18/05/2009)

No espécie, **a Corte local imputou responsabilidade civil ao médico por insuficiência das informações reportadas à paciente e pelo inadimplemento contratual.**

Nestes termos, caberia ao recorrente ter afastado os fundamentos acima referidos nas instâncias de origem. Inviável, nesta sede recursal afastar as conclusões da insuficiência do conteúdo das informações prestadas à consumidora e da facultatividade do procedimento.

Destarte, elidir as conclusões do aresto impugnado quanto à existência dos pressupostos configuradores da responsabilidade civil, demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada nesta sede especial, a teor da Súmula 5 e 7/STJ. Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR. DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO DO DANO, CONDUTA E NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RAZÕES DISSOCIADAS. SÚMULA 284/STF. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. A Corte de origem, com base nos elementos probatórios dos autos, expressamente consignou estarem evidenciados o dano, a conduta e o nexo causal. A alteração das conclusões do acórdão recorrido, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 2. No que toca ao valor da indenização, as razões do agravo interno estão dissociadas dos alicerces da decisão agravada, atraindo o óbice da Súmula 284/STF. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 527.444/RR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014).

Por fim, no que se refere ao pedido de revisão da extensão da obrigação de reparação danos, materiais, morais e estéticos suportados pela paciente, incide o óbice da Súmula nº 7/STJ.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ admite a revisão do quantum indenizatório fixado a títulos de danos morais em ações de responsabilidade civil quando configurada situação de anormalidade nos valores, sendo estes irrisórios ou exorbitantes.

2. Na hipótese em questão, foi com base nas provas e nos fatos constantes dos autos que o Tribunal de origem entendeu que é justo o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), arbitrado a título de indenização por danos morais, em razão de falecimento decorrente de erro médico. Desta forma, a acolhida da pretensão recursal demanda prévio reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado ante o óbice preconizado na Súmula 7 deste Tribunal. (grifou-se) 3. Agravo regimental não provido."

Passo a análise do recurso especial do hospital.

Não merece provimento a pretensão recursal da entidade hospitalar em elidir sua responsabilidade civil, com base em argumentos de ilegitimidade passiva ad causam, inexistência de responsabilidade solidária e ausência de erro médico.

Com efeito, configurada a responsabilidade civil dos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável. No caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

No situação dos autos, ficou assentado que o médico é diretor clínico do CTI do hospital (fl. 430), ficando, dessa forma, a entidade hospitalar solidariamente responsável pela reparação dos danos. Nesse sentido:

"DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 E 335 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REDIMENSIONAMENTO DO VALOR FIXADO PARA PENSÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano; (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma

defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata - subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i).

3. De fato, infirmar a decisão recorrida demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é defeso a este Tribunal, ante o óbice contido na Súmula 7 do STJ.

4. Inexiste violação ao art. 335 do CPC, uma vez que a solicitação de aplicação das regras de experiência, no caso vertente, veicula pedido juridicamente impossível, uma vez consubstanciar manifesta infringência à norma expressa do Ministério da Saúde - Portaria 96/94.

5. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes exigidos pelo RISTJ, à míngua de similaridade fática entre os julgados confrontados.

6. Ausência de violação do art. 334 do CPC, porquanto a confissão não vincula o Juízo, que, em razão do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), dar-lhe-á o peso que entender adequado.

7. A instância ordinária considerou adequado o valor de um salário mínimo "a partir da data em que esta completar 14 anos até superveniente e total convalescença", de modo que proceder à nova análise probatória para redimensionar a pensão, com vistas a formar novo juízo entre a capacidade de trabalho perdida e a repercussão econômica na vida da recorrida, ultrapassa os limites constitucionais do recurso especial, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ.

8. O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data da prolação da decisão em que arbitrado o seu valor, merecendo reforma o acórdão recorrido neste ponto.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, apenas para determinar a incidência da correção monetária a partir da fixação do valor da indenização. Sucumbência mínima da recorrida, razão pela qual se preserva a condenação aos ônus sucumbenciais fixada pelo Tribunal. (REsp 1145728/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011)

Aplica-se ao caso, ainda, o enunciado da Súmula 341/STF. Sobre o tema:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MÉDICO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CULPA. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. SUBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O eg. Tribunal de origem concluiu que a autora não conseguiu demonstrar que o corpo estranho encontrado em seu abdômen foi deixado pelo preposto médico do hospital ora agravado, no procedimento cirúrgico de 1993, pois teria realizado outra cirurgia anteriormente. Modificar tal entendimento demandaria análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

2. No julgamento do REsp 258.389/SP, da relatoria do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES (DJ de 16.6.2005), este Pretório já decidiu que "a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto", de modo que não comporta guarida a assertiva de que a responsabilidade do hospital seria objetiva na hipótese. (grifou-se)

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 1261145/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA

TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 03/09/2013)
Por fim, quanto à revisão da extensão da obrigação de reparar o dano, aplica-se à Súmula 7/STJ, pelos motivos elencados na análise do recurso especial do médico. Destarte, o recurso especial do hospital não merece ter seguimento.

Ante o exposto, conheço dos agravos para, desde logo, negar seguimento a ambos os recursos especiais. Intimem-se." (e-STJ fls. 639-649) Assim, melhor sorte não socorre aos agravantes. Ante o exposto, nego provimento aos agravos regimentais.

5.3 DA IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL MÉDICA PARA CONSTATAÇÃO DO ERRO MÉDICO NA CIRURGIA BARIÁTRICA.

Assumindo caráter de obrigação de meio ou obrigação de resultado diante da conduta equivocada do médico em referendar ou realizar a cirurgia bariátrica sem a observância criteriosa de seus pré-requisitos, é certo que para haver responsabilização civil por erro médico deverá ser comprovada de forma inequívoca a ocorrência do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e a conduta do médico.

Trata-se de matéria probatória ordinariamente difícil, notadamente pela própria delicadeza em comprovar-se a não aplicação da boa técnica médica, sem prejuízo do tempo decorrido entre o fato, eventual reparação já realizada nesse ínterim e a produção da prova pericial.

Por outro lado, a inversão do ônus probatório não é automática e subordina-se à análise da verossimilhança da alegação ou à demonstração de hipossuficiência realizada pelo magistrado que conduz a causa, conforme regras ordinárias de experiência, com fundamento no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, que reza que são direitos básicos do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

Assim, obtemperem-se que a análise do erro médico e da consequente responsabilização do profissional, materializada na necessidade de indenização

pelos danos experimentados pelo paciente, é inequivocamente de difícil apreciação. Envolve questões obviamente relativas à ciência e às artes médicas e, desta forma, necessariamente o magistrado deverá se nutrir de dados de comum experiência, sem se esquecer, no entanto, do “conselho dos entendidos”.

Tal premissa externa a necessidade *sine qua non* da prova pericial médica para apreciar tais questões. Neste sentido, espera-se do julgador, portanto, a reconstrução dos fatos, com os elementos de que dispõe. Assim, a prova pericial médica será analisada pelo magistrado, sopesando-se as explicações e conclusões dos peritos, facultando-se às partes a nomeação de assistente técnico e apresentação de quesitos técnicos, examinando o julgador as fundamentações e decidindo se deve ou não acatar o laudo pericial, não somente porque este é fundamentado em critérios técnicos, mas sobretudo pela força persuasiva das razões submetidas ao crivo analítico, autônomo e soberano do julgador.

É certo que a perícia médico legal é o caminho mais indicado para fazer prova do erro, da culpa e do nexo causal, cujas conceituações foram objeto de estudo deste trabalho. Todavia, a perícia não vincula o magistrado, podendo ele inclusive decidir de modo contrário a ela se o conjunto probatório lhe der razão para isso (KFOURI NETO, 2013). Logicamente uma vez ocorrendo dissenso entre a conclusão da prova pericial e a decisão do magistrado, é certo que deverá fundamentar e indicar os motivos pelos quais resolve concluir pelo caminho oposto às conclusões do *expert*.

A prova pericial é vinculante quanto à existência do dano, considerando que se trata de matéria de cunho científico, sobre o qual só se decide mediante a realização de prova técnica. No entanto, a apuração de culpa e nexo de causalidade caberá ao magistrado, obviamente.

Logo, na apuração da culpa, o magistrado deverá lastrear-se em profissional médico prudente, diligente e possuidor do conhecimento ligado à matéria, considerando que, em idênticas condições, agiria da mesma forma que o causador do dano em discussão, mas, todavia, a conclusão do laudo pericial não vincula obrigatoriamente a decisão do magistrado.

Em momento prévio, a legislação processual indica que as partes podem e devem contribuir para a tramitação processual, na busca da verdade dos fatos, sendo que o magistrado, ao deferir a produção de prova pericial, deve ter em mente

a necessidade da elaboração de quesitos técnicos que podem levar a melhor compreensão do dano e sua gênese.

Importante também será a criterização recomendável no sentido de apenas um médico especialista poderá analisar a conduta do outro de sua mesma especialidade, evitando-se, assim, o desconhecimento da melhor técnica aplicável à específica situação, ainda mais considerando a complexidade da cirurgia bariátrica que, inclusive, engloba a participação de equipe multidisciplinar, cabendo ainda ao perito avaliar em que etapa do tratamento é que ocorreu o erro médico.

Processualmente, consigne-se ainda ser de grande importância a indicação pelas partes de assistentes técnicos para acompanhar a produção da prova pericial, de modo que possam existir discussões e ponderações técnicas a respeito da ocorrência dos fatos, além de, se necessário, fundamentar-se eventual impugnação ao laudo pericial produzido. Trata-se de conduta salutar e recomendável para a discussão técnica ser levada ao bojo processual, com a apresentação de visões muitas vezes distintas ao julgador.

Sem prejuízo do pontuado, certamente é necessário ainda sopesar-se que em matéria de direito médico, a necessidade de prova cabal e irrefutável deve ser apreciada com ponderação, de sorte que o rigor excessivo na exigência da prova da culpa e do nexo causal poderá levar a injustiças. Os danos experimentados pelo paciente não podem ser desconsiderados pelo julgador que, caso se apegue ao formalismo, poderá cometer injustiças ao não apreciar a situação colocada à apreciação do Poder Judiciário como um todo.

Isso porque a prova de cada um dos elementos da responsabilidade civil do médico deve ser materializada por todos os meios próprios à formação da convicção do magistrado. No entanto, em face da especificidade da matéria e em razão da incompetência funcional do magistrado no que tange ao conhecimento da área médica, é salutar que colha a opinião dos técnicos, vez que sua inexperiência justifica o recurso à perícia técnica médica.

Ora, a prova pericial em matéria médica tem caráter técnico, científico e especializado, devendo prevalecer sobre todas as outras em matéria médica, já que o magistrado tem conhecimento privado sobre a matéria.

Neste sentido, prestigiando as constatações da prova pericial, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento realizado no dia 10 de

outubro de 2016⁹, entendendo pela ausência de nexo de causalidade entre a conduta do profissional da instituição e o falecimento da paciente que realizou cirurgia bariátrica.

Ação de Indenização. Dano moral. Morte da filha da autora após realização de cirurgia de redução do estômago. Ausência de nexo de causalidade. Autópsia e perícia constataram que a morte decorreu de quadro de infecção decorrente de diverticulite. Recuperação normal da paciente relativa à cirurgia - Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

E assim, concluiu a perícia que “não há nexo causal entre a cirurgia bariátrica realizada em 20/12/2006 e o óbito da pericianda ocorrido em 16/03/2007. Não há elementos que indiquem ter havido complicação secundária à tal cirurgia bariátrica (...). A pericianda foi a óbito devido a disfunção de múltiplos órgãos e sistemas, secundária ao processo infeccioso da diverticulite e agravado pela complicação secundária à respectiva intervenção cirúrgica, que teve fins terapêuticos” (negritei - fl. 580).

Restou consignado, ainda, que não há nexo de causalidade entre a cirurgia bariátrica realizada e a diverticulite posteriormente manifestada pela filha da autora. Afirmou o perito que “tratam-se de condições distintas, isoladas, autônomas (a operação bariátrica não é fator primário-desencadene do que se verificou na cirurgia de 02/03/2007, não estando relacionada com o estado patológico que conduziu diretamente ao óbito)” (fl. 624).

Portanto, porque a prova técnica constatou que, como verificado na autópsia realizada após a morte da filha da autora, a causa da morte foi sepse e falência múltipla de órgãos causada por complicações de doença diverticular, impossível reconhecer o nexo de causalidade entre os fatos apontados pela autora (erro médico na cirurgia bariátrica realizada em sua filha) e o resultado danoso (morte de sua filha). Julgado em 10 de outubro de 2016. Desembargadora ANA LIARTE. Apelação Cível nº 0129685-57.2007.8.26.0053 Comarca: São Paulo 2ª Vara da Fazenda Pública Apelante: TEREZINHA DE GOUVEA Apelados: HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO E OUTROS Voto nº 15.400. Apelação.

⁹ Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0129685-57.2007&foroNumeroUnificado=0053&dePesquisaNuUnificado=0129685-57.2007.8.26.0053&dePesquisaNuAntigo=>>>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

Por outro lado, o mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, já entendeu em julgamento de 20 de julho de 2015¹⁰, pela dispensa da prova pericial médica em caso de constatação de corpo estranho esquecido no corpo do paciente após a realização de cirurgia bariátrica, afirmando que não existiam dúvidas a respeito de que o material cirúrgico estava no interior do abdômen da paciente e que esta situação não se revestiria de prova complexa. O julgamento foi de responsabilidade do Desembargador Silvério da Silva, que fixou a indenização em R\$ 50.000,00. Veja-se:

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Erro médico - Esquecimento de material cirúrgico no interior da paciente (compressa) por ocasião de cirurgia bariátrica. Parcial procedência com condenação solidária do médico e prestadora de serviço de saúde em indenizar a autora por danos morais no valor de R\$ 50.000,00, pagos solidariamente. Apelação das partes. Legitimidade da prestadora do plano de saúde para figurar no pólo passivo da ação indenizatória Precedentes do STJ Cerceamento de defesa incorrente Esquecimento de material cirúrgico no abdômen da paciente que é inescusável - Erro no procedimento facilmente apurável por leigo em medicina Tese de que o material poderia ter sido esquecido em outra cirurgia posterior à Bariátrica (em 13/11/11) que não se sustenta. Não foram feitas duas cirurgias (em 13/11/11 e 14/11/11) mas apenas uma - Cirurgia que foi realizada para retirada do corpo estranho detectado em exames de ultrassonografia e ressonância magnética (em 22/10/11 e 28/10/11). Erro caracterizado. Dano moral cabível. Não se trata de mero aborrecimento. Paciente passou quase um ano sob fortes dores abdominais e sob medicação - Arbitramento do valor da indenização proporcional à extensão do dano - Sentença integralmente mantida Apelações improvidas.

Como já dito não há dúvidas de que o material cirúrgico, foi deixado no interior do abdômen da autora. Ora, isso não é uma matéria complexa alheia a conhecimentos jurídicos. Se material cirúrgico foi deixado no interior da paciente, falha houve. Tal fato é aferível, facilmente, por um leigo na área de saúde, não havendo necessidade de ser esclarecida por perícia médica. E o fato de as ultrassonografias anteriores não terem detectado o

¹⁰Disponível em

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1022510-30.2013&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=1022510-30.2013.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

corpo estranho não modificam o fato dele lá estar, já que foi retirado posteriormente. APELAÇÃO CÍVEL Nº: 1022510-30.2013.8.26.0100 COMARCA: SÃO PAULO APELANTE: LUZIA FERREIRA DA SILVA CARVALHO, GREEN LINE SISTEMA DE SAÚDE S/A E MARCIO BOVE MIKSCH EPELADO: GREEN LINE SISTEMA DE SAÚDE S/A, MARCIO BOVE MIKSCH E LUZIA FERREIRA DA SILVA CARVALHO JUIZ: RENATO ACACIO DE AZEVEDO BORSANELLI

Entrementes, o prestígio à prova realizada de forma escoreita está presente, inclusive, no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) que entrou em vigor em 18 de março de 2016, por meio da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Deste diploma legal, extraem-se alguns artigos interessantes ao presente trabalho, na clara demonstração da necessidade de prova pericial para os casos onde a matéria é complexa, como na apreciação da responsabilidade civil em cirurgias bariátricas. Confira-se:

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

(...)

Art. 157. O perito tem o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe designar o juiz, empregando toda sua diligência, podendo escusar-se do encargo alegando motivo legítimo.

(...)

Art. 158. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado para atuar em outras perícias no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas que entender cabíveis.

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

§ 4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.
(...)

Art. 466. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso.
§ 1º Os assistentes técnicos são de confiança da parte e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição.

Art. 468. O perito pode ser substituído quando:
I - faltar-lhe conhecimento técnico ou científico;
II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.
§ 1º No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo.
(...)

Art. 469. As partes poderão apresentar quesitos suplementares durante a diligência, que poderão ser respondidos pelo perito previamente ou na audiência de instrução e julgamento.
Parágrafo único. O escrivão dará à parte contrária ciência da juntada dos quesitos aos autos.

Art. 470. Incumbe ao juiz:
I - indeferir quesitos impertinentes;
II - formular os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa.
(...)

Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:
I - sejam plenamente capazes;
II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.
§ 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados.
§ 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz.
§ 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

Art. 473. O laudo pericial deverá conter:
I - a exposição do objeto da perícia;
II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;
III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;
IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.
§ 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.
§ 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

§ 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

Art. 475. Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito, e a parte, indicar mais de um assistente técnico.

Art. 478. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados, a cujos diretores o juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame.

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

§ 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

§ 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

§ 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

Destaca-se inclusive a possibilidade da prova pericial envolver matérias complexas, que abranjam mais de uma área de conhecimento especializado, sendo facultado ao magistrado nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico, conforme previsão do artigo 475 acima transcrito.

Essa permissividade nos parece relevante para casos envolvendo erros médicos em cirurgia bariátrica, já que, como se ponderou, a equipe envolvida no tratamento é multidisciplinar, dado que a Resolução CFM Nº 2.131/2015 estabelece as seguintes diretrizes neste sentido:

EQUIPE:

Precisa ser capacitada para cuidar do paciente nos períodos pré e transoperatório e fazer o seguimento do mesmo.

COMPOSIÇÃO:

Cirurgião com formação específica, endocrinologista, psiquiatra, nutrólogo, nutricionista e psicólogo. Se necessário, para melhor tratamento dos pacientes, outros especialistas, como cardiologistas e pneumologistas, podem ser acionados. A equipe de atendimento hospitalar deve estar familiarizada com as características da população atendida e os efeitos dos

procedimentos cirúrgicos, sendo composta por anesthesiologista, fisioterapeuta e equipe de enfermagem.

Desta forma, sendo necessário, a prova pericial médica poderá abranger diversas áreas do conhecimento e especialidades distintas, com vistas a repassar ao juízo da causa todas as informações técnicas, desdobramentos procedimentais e peculiaridades do tratamento, sendo identificada, inclusive, a fase do tratamento que o erro médico ocorreu, dada a necessidade de apuração da conduta do médico, do dano experimentado pelo paciente, sua extensão e relevância, além do nexo de causalidade entre estes fatores.

A lei processualista é extremamente prática e expõe os procedimentos técnicos e a relevância da prova pericial. Ora, não cabe a afirmação de que tais previsões afrontam a necessária liberdade de apreciação da prova pelo juiz, já que em se tratando de tema técnico, há de fato uma extrapolação da seara onde o juiz deve operar, que vai do domínio fático ao domínio jurídico, sendo que, certamente, outros elementos são aptos a intervir na busca do Direito e sua interpretação.

Não obstante tais ponderações, a própria lei processual ressalva no artigo 479 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) que “o juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

Isso significa que o magistrado, muito embora ponderadas as razões acertadas para realização do laudo pericial médico em casos que envolvam cirurgia bariátrica, poderá não levar em consideração as constatações do laudo pericial, mas, por força de lei, deverá fundamentar as razões que o levaram a tais conclusões, baseando-se em regras jurídicas, de experiência, da lógica e do bom senso.

Depreende-se que a razão lógica desta possibilidade do magistrado não considerar o laudo decorre da independência que deve revestir sua elevada função jurisdicional, pois, caso contrário, a prestação jurisdicional seria prestada pelo perito, sendo ele o verdadeiro juiz da causa.

Essa permissividade é importante, inclusive, diante da constatação da atual ocorrência diminuta, mas presente, do chamado “*esprit de corps*”, ou solidariedade profissional, que consiste na postura respaldada na opinião que se louva o perito, sem embargo de seu elevado encargo e função processual, que

poderá muitas vezes tender a isentar o colega pelo erro médico ora em análise jurídica. MAGALHÃES (1984) denomina essa situação de “conspiração do silêncio” ou de “confraternidade profissional”, questão que se espera que se reduza cada vez mais com o tempo, o que de fato já se verifica atualmente.

Ademais, este é um dos grandes problemas processuais enfrentados em caso de processos judiciais que apurem responsabilidade civil por erro médico na cirurgia bariátrica, já que a culpa do médico (negligência, imprudência ou imperícia), como se pontuou, necessariamente deverá ser provada e, sem sombra de dúvidas, esta prova é consideravelmente difícil de ser produzida.

De todo modo, tem-se como altamente recomendada a realização de tal modalidade de prova em casos que envolvam erros médicos no complexo procedimento da cirurgia bariátrica, dados os seus requisitos, seu caráter multidisciplinar e sua relevância na vida do paciente.

Conforme se ponderou, o magistrado além de não estar adstrito ao lado, pode, perfeitamente, ir além das conclusões do laudo pericial. O laudo serve obviamente para convencimento a respeito dos dados que o perito logrou êxito em coletar e, estes mesmos dados, quando cotejados com outros elementos probatórios constantes nos autos do processo, podem levar a conclusão diversa das apontadas pelo *expert*, daí a razão da legislação apontar a necessidade de fundamentação.

DIAS (2012, p 334) afirma a necessidade da observância por parte dos peritos do estrito respeito aos fatos analisados e às provas produzidas, “sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta”.

Em arremate, pondere-se ainda o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), trouxe a possibilidade de nomeação da figura chamada *amicus curiae*, em seu artigo 138, que é assim redigido:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.

§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Essa previsão traz a clara possibilidade de nomeação de um terceiro admitido no processo, com vistas a fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução da causa revestida de especial relevância ou complexidade, o que parece ser aplicável aos casos envolvendo procedimentos médicos complexos, como a cirurgia bariátrica.

Trata-se de um auxiliar do órgão jurisdicional, que assume função diferente das partes, bem como de seus assistentes, podendo nutrir o juízo de elementos para tomar decisões. Na tradução literal significa “amigo da corte”.

Veja-se que sua função não é a de parte, nem tampouco sua intervenção se fundamenta no interesse jurídico na vitória de qualquer uma das partes. Seus poderes serão definidos em cada caso concreto pelo juiz e, na essência, serão limitados à prestação de subsídios para decisão.

Com essa nova previsão amplia-se a qualidade de decisões judiciais, contemplando a possibilidade de obtenção de decisões mais justas e coesas com a garantia da plenitude da tutela jurisdicional, trata-se de inovação jurídica, agora materializada em lei e de todo aplicável em casos que envolvam erros médicos ocorridos na cirurgia bariátrica.

5.4 PROCESSOS JUDICIAIS E INDENIZAÇÕES POR ERRO MÉDICO NA CIRURGIA BARIÁTRICA: COMO O MÉDICO PODE SE PREVENIR

A finalidade da medicina é definitivamente a atuação na prevenção e atenuação dos males da humanidade, devendo ser exercida cautelosamente, com competência, atenção às diretrizes éticas e legais, amor e respeito ao direito à vida e a todos as outras prerrogativas atribuídas aos pacientes. Desta forma, os médicos devem sempre atuar com ânimo de curar, pautados pelo princípio da beneficência.

Não se olvide, porém, que a ciência médica não é e nem tampouco pretende ser uma ciência exata. Lida com a complexidade do organismo humano,

sendo que resultados diferentes de um mesmo tratamento podem naturalmente serem obtidos em pessoas diferentes, dadas as inúmeras diversidades e particularidades dos seres humanos.

Nesse sentido, tem-se ainda que não é propriamente o médico, em regra, que coloca a vida do paciente em risco, e sim a própria doença que acomete o paciente. Logicamente o médico, no exercício de seu mister, raramente procederá a conduta intencional de prejudicar seu paciente, agindo com dolo.

No entanto, erros acontecem. Sejam oriundos da própria falibilidade da conduta humana, sejam advindos de condutas dolosas ou culposas.

O erro na grande maioria dos casos é culposos, derivado de uma inobservância de deveres. Certamente não é qualquer lesão causada por ato médico que será considerada como erro e, por consequência, indenizável. Existem danos que são normais e decorrentes dos próprios procedimentos, como por exemplo, a cicatriz oriunda de uma cirurgia onde o médico necessariamente teve que se valer de uma incisão no paciente.

A bem da verdade há a necessidade de delinear claramente esta separação. Os erros que geram a possibilidade de responsabilização civil são apenas aqueles oriundos de condutas antijurídicas, derivados da infração do dever geral de não causar dano a outrem.

Na relação médico-paciente via de regra a posição considerada como hipossuficiente é, sem sombra de dúvidas, a do paciente (ou, em caso de falecimento, de seus familiares), ora vítima do erro médico, sofrendo de forma literal o resultado da conduta culposa ou dolosa do profissional.

O médico sujeito a processo de responsabilização civil, penal ou infração ética é colocado de forma indubitável em situação desconfortável, vendo inclusive sua reputação profissional colocada em jogo, diante da possibilidade de se ver processado muitas vezes até de forma infundada. A formação dos profissionais médicos não leva em consideração a necessária tomada de medidas acautelatórias e formais para que fique exposto com mais facilidade à possibilidade de demandas judiciais, colocando em risco sua reputação como profissional, sua subsistência e seu patrimônio.

Há de considerar também a franca possibilidade da tramitação de processo ético ou disciplinar junto ao conselho respectivo de sua circunscrição, em paralelo a eventual processo indenizatório, sendo que o deslinde daquele

procedimento pode, inclusive, influenciar no julgamento do processo judicial, estando ainda sujeito às advertências, suspensões e, em determinados casos, cassação do exercício profissional, conforme disposto na Lei 3.268/1957 (BRASIL, 1957), que dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências.

Desta forma, considerando que a sociedade moderna já ultrapassou há muito tempo o entendimento passado de que o médico representava a figura de uma divindade, a responsabilidade médica passou a ser apurada mediante critérios mais racionais e científicos, pautadas na verificação da conduta culposa do profissional, como de fato já delineado neste trabalho.

Assim, referidos profissionais devem ser a parte mais interessada na prevenção de processos judiciais, éticos e criminais, bem como velar pela minimização dos riscos envolvidos nas atividades que desempenham. Como isso não se verifica de forma mais coesa e presente, é correto afirmar que quando se pauta a prevenção, tem-se o entrelaçamento necessário a uma mudança de cultura, com o resguardo para eventual processo judicial, pautando-se na manutenção de documentação adequada, além do óbvio cumprimento dos protocolos médicos relacionados a atividade que se desempenha.

A priori, pode-se afirmar com absoluta segurança que a parte documental, que certamente exige cuidado e tempo, é a primeira maneira eficiente e barata para evitar condenações em processos judiciais.

O preenchimento adequado do prontuário do paciente está inserido neste contexto, juntamente com o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, documento no qual o paciente receberá em linguagem clara, acessível, direta e completa todos os riscos e expectativas que permeiam a cirurgia que será realizada.

Não se olvida que os esclarecimentos dos riscos do procedimento de forma direta e coesa pode gerar que alguns pacientes desistam de uma série de procedimentos ligados às intervenções cirúrgicas. Lado outro, trata-se do direito de informação já tratado neste trabalho, que, uma vez inexistente, pode fundamentar processo judicial que certamente será mais prejudicial para o médico do que a perda do lucro advindo daquele procedimento.

A extensa atividade profissional do médico pode levar a uma falsa segurança e, por consequência, um entendimento precipitado no que diz respeito a desnecessidade de atualização, questões estas que o expõem a uma

vulnerabilidade, sujeitando o profissional à maior probabilidade de praticar condutas culposas (GOMES; DRUMOND; FRANÇA, 2002, p.15).

Esta necessidade de atualização tem sua gênese na constatação de que metade do que os médicos aprenderam na graduação deixa de ser verdade em aproximadamente 8 (oito) anos, dada a evolução rápida da medicina, conforme estima MORAES (1998, p.37).

Nos Estados Unidos a licença médica tem validade apenas de 3 (três) anos, de sorte que para obter a renovação o médico deve se manter atualizado e reciclar seu conhecimento, participando de um número mínimo de cursos, estágios e conferências, em franco reconhecimento que esta nobre profissão está em constante e permanente evolução e os profissionais que lidam com ela também devem assim permanecer (GOMES; DRUMOND; FRANÇA, 2002, p.9).

Desta forma, considerando todo este introito, as ponderações realizadas neste trabalho a respeito da subsunção dos fatos aos conceitos de erro médico e a aplicação do instituto da responsabilidade civil em tais casos, bem como a relevância e complexidade da cirurgia bariátrica, elenca-se abaixo alguns procedimentos que o médico deverá observar, considerando-os estritamente necessários e recomendados para precaução jurídica na realização de tal intervenção.

1. Anamnese realizada de forma completa e contundente;
 2. Tratamento prévio e consultas prévias com o detalhamento e exposição de todos os métodos alternativos de tratamento (dietas, alteração de hábitos de vida, atividade física planejada e etc.), restando clarividente ao paciente e ao profissional que somente após estes tratamentos clínicos pregressos restarem ineficazes e após avaliação conjunta da equipe multidisciplinar (cirurgião com formação específica, endocrinologista, psiquiatra, nutrólogo, nutricionista e psicólogo. Se necessário, para melhor tratamento dos pacientes, outros especialistas, como cardiologistas e pneumologistas, podem ser acionados)e realização de todos os exames preparatórios decidiu-se pelo procedimento cirúrgico.
 3. Análise do profissional a respeito da real motivação do paciente para realização do procedimento, ou seja, se a motivação é pura e simplesmente estética e mesmo assim o paciente se encaixa nos requisitos mínimos obrigatórios para realização da cirurgia bariátrica, ou se realmente está atrelada ao estado avançado de ocorrência de comorbidades e outras deficiências decorrentes do estado avançado da obesidade.
-

4. Termo de Consentimento Livre e Esclarecido redigido de forma clara, objetiva, expressa, contando com a subscrição do paciente ou, caso este não esteja em condições, por seu representante legal;
5. O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido deverá, no mínimo, conter as seguintes premissas e esclarecimentos: *i.* Especificação da técnica e do procedimento a ser realizado; *ii.* A ciência inequívoca do paciente a respeito dos procedimentos alternativos disponíveis e a sua ineficácia depois de efetivamente realizados; *iii.* A realização de exames complementares; *iv.* A obrigação de meio assumida pelo profissional e equipe; *v.* O esclarecimento escoreito do necessário emprego de anestesia geral; *vi.* Esclarecimentos a respeito das peculiaridades e níveis de obesidade que acomete o paciente, com os fatores que afetam seriamente sua vida, como redução da expectativa de vida, incidência de patologias concomitantes (como hipertensão arterial, doenças cardiovasculares, artropatias, morte súbita, diabetes tipo 2, apnéia do sono e até mesmo câncer, dentre outras comorbidades); *vii.* Esclarecimentos realizados de forma oral em um primeiro momento e documental por meio da subscrição do paciente ou representante legal do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido a respeito da técnica adotada, sua forma de realização, seu detalhamento, efeitos colaterais e consequências; *viii.* Indicativa clara e expressa a respeito da ciência do paciente de que os benefícios do procedimento são limitados, devendo o paciente continuar executando o acompanhamento multidisciplinar sob pena de ganha de peso ou subnutrição, em caso de ausência de acompanhamento nutricional, cientificando o paciente de que o sucesso dos objetivos cirúrgicos dependem das reações orgânicas, características anatômicas e da sua participação no tratamento, seguindo-o de forma disciplinada, respeitando as prescrições e orientações médicas, antes, durante e após a realização da intervenção cirúrgica; *ix.* Indicação clara a respeito das possíveis complicações físicas/orgânicas após a realização do procedimento, bem como das complicações emocionais / comportamentais; *x.* como se trata de procedimento médico cirúrgico, esclarecimento ao paciente de que sempre haverá risco de vida, independentemente da extensão ou gravidade do procedimento; *xi.* Indicação clara a respeito das consequências esperadas e naturais no pós-operatório advindas da cirurgia bariátrica; *xii.* Indicação clara ao paciente a respeito da possibilidade e/ou necessidade de correção estética de excessos de pele, principalmente em mamas, membros superiores, abdômem e face interna das coxas; *xiii.* Indicação expressa e clara da possibilidade dedurante o tratamento haver a necessidade de transfusão de sangue e/ou homoderivados (um dos subprodutos do sangue); *xv.* Indicação a respeito dos cuidados necessários no pré-operatório e pós-operatório, com o detalhamento das condutas e procedimentos que o paciente deverá tomar.
6. Atendimento estrito de todos os requisitos indicados na Resolução do CFM N° 2.131/2015, publicada no Diário Oficial da União no dia 13 de janeiro de 2016, além da observância das precauções também delineadas na referida resolução:

Pacientes com índice de massa corpórea (IMC) acima de 40 kg/m².

Pacientes com IMC maior que 35 kg/m² e portadores de comorbidezes (doenças agravadas pela obesidade e que melhoram quando a mesma é tratada de forma eficaz), que até ameacem a vida como: diabetes, apneia do sono, hipertensão arterial, dislipidemia, doenças cardiovasculares incluindo doença arterial coronariana, infarto do miocárdio (IM), angina, insuficiência cardíaca congestiva (ICC), acidente

vascular cerebral, hipertensão e fibrilação atrial, cardiomiopatia dilatada, cor pulmonale e síndrome de hipoventilação, asma grave não controlada, osteoartroses, hérnias discais, refluxo gastroesofageano com indicação cirúrgica, colecistopatia calculosa, pancreatites agudas de repetição, esteatose hepática, incontinência urinária de esforço na mulher, infertilidade masculina e feminina, disfunção erétil, síndrome dos ovários policísticos, veias varicosas e doença hemorroidária, hipertensão intracraniana idiopática (*pseudotumor cerebri*), estigmatização social e depressão.

Idade: maiores de 18 anos.

Obesidade estabelecida conforme os critérios acima, com tratamento clínico prévio insatisfatório de, pelo menos, dois anos.

Não uso de drogas ilícitas ou alcoolismo.

Ausência de quadros psicóticos ou demenciais graves ou moderados.

Compreensão, por parte do paciente e familiares, dos riscos e mudanças de hábitos inerentes a uma cirurgia de grande porte sobre o tubo digestivo e da necessidade de acompanhamento pós-operatório com a equipe multidisciplinar, a longo prazo.

7. Prontuário médico devidamente preenchido em atendimento a todas as premissas legais, conceituado pela RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA nº 1.638/2002 como “documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo”.

O médico deverá esclarecer exaustivamente de forma oral todos os limites, riscos, efeitos colaterais e desconfortos inerentes a cada procedimento médico proposto, já que todo paciente tem direito à informação detalhada, clara e objetiva sobre o procedimento médico-terapêutico-cirúrgico que será submetido e que possa colocar em risco sua integridade física ou mental.

Após, todas estas informações devem ser então passadas de forma documentada, socorrendo-se o profissional da subscrição do paciente ou de seu representante legalmente nomeado (procuração pública ou particular com firma reconhecida) do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Falta de tempo para atualização procedimental a respeito dos protocolos clínicos, ausência de habilidade e conhecimento não são vieses a serem considerados para ausência de avaliação adequada de todos os problemas que os pacientes obesos mórbidos, candidatos à cirurgia bariátrica, apresentam logo na primeira consulta.

Como ponderando, a cirurgia bariátrica é procedimento complexo que depende de características fisiológicas individuais, pré-disposições hereditárias e condições clínicas pré-cirúrgicas previamente analisadas. De toda forma, faz-se necessário o cuidado pré e pós-operatório, com vistas à obtenção e alcance de todos os meios para êxito no procedimento.

Neste aspecto, consigne-se a importância da análise dos objetivos da avaliação pré-operatório como de essencial relevância para definição do sucesso da intervenção e para definição das responsabilidades do médico líder da equipe multiprofissional (cirurgião bariátrico ou médico clínico), que com certeza é o responsável maior pelo êxito e segurança do procedimento.

As avaliações pré-operatórias são definidas por PASSERI (2016 *apud* SALTZMAN et al. 2005) em quatro itens principais:

1. Avaliação da indicação e contraindicações para o tratamento cirúrgico (papel do cirurgião bariátrico, médico clínico e anesthesiologista);
2. Realização de avaliações compreensivas e interdisciplinares médicas, psicológicas e nutricionais (cirurgião bariátrico, clínico geral, psicólogo, nutricionista, assistente social, odontólogo, enfermeiro);
3. Tratamento e otimização das comorbidades médicas antes da cirurgia (clínico geral, endocrinologista, psiquiatra, fisioterapeuta, odontólogo);
4. Educação do paciente e familiares sobre as opções de tratamentos e riscos, além da exposição realista das expectativas quanto aos resultados do tratamento cirúrgico (todos os membros da equipe).

PASSERI (2016) indica que o cirurgião bariátrico é a figura principal de todo o procedimento, sendo o profissional responsável pela condução de todos os procedimentos com a equipe multiprofissional, atuando tanto no pré quanto no pós-operatório, o que reforça a necessidade da ciência deste profissional a respeito das condutas que podem o levar à responsabilização civil por erro médico.

Obviamente há a possibilidade jurídica de análise individual de determinada conduta que pode ser atribuída apenas àquele profissional participante da equipe multiprofissional, no entanto, a figura do cirurgião bariátrico é, sem sombra de dúvidas, a principal nessa reunião de profissionais.

Nessa toada, aponta-se também como fator de observância estrita e extremamente necessária os requisitos pré-operatórios, pós-operatório precoce e pós-operatório tardio definidos por PASSERI (2016 *apud* MECHANICK et al. 2008),

citando o ACCE / TOS / ASMBS Guidelines (protocolo americano desenvolvido pelas principais sociedades médicas que lidam com obesidade mórbida: Associação Americana de Endocrinologia, Associação Americana de Cirurgia Bariátrica e Metabólica e Sociedade Americana de Obesidade) sintetizados nos quadros abaixo colacionados, separados em requisitos pré-operatórios, pós-operatórios precoce e pós-operatório tardio.

Requisito pré-operatório	Disciplina
História clínica - ganha e perda de peso - exame físico - risco cirúrgico - envolvimento	Cirurgião clínico
Exames laboratoriais - avaliar funções hepática e renal - coagulação	Laboratório clínico
<i>Screening</i> nutricional: ferro, folato, vitamina D, vitamina B12	Laboratório clínico
Avaliação cardiorrespiratória - ECG - ECO - Espirometria	Cardiologista Pneumologia
Avaliação Gastrointestinal - EDA: H. Pylori - USG: litíase vesicular	Endoscopista Radiologista
Avaliação endocrinológica: Diabetes <i>Mellitus</i> / Tireoide / <i>Crushing</i> / <i>SOPC</i>	Endocrinologia
Avaliação nutricional - história - hábitos orientações	Nutricionista
Avaliação comportamento psicossocial	Psicóloga Psiquiatra
Documentos necessários para a cirurgia - consentimento informado	Cirurgião Psicóloga
Perda de Peso pré-operatória	Endocrinologia Nutricionista
Otimização de controle glicêmico	Endocrinologia
Aconselhamento quanto a gravidez	Ginecologia
Aconselhamento quanto ao tabagismo	Psicóloga Psiquiatra
<i>Screening</i> para doença oncológica	Cirurgião Clínico

Requisito pós-operatório precoce	Disciplina
Monitorização cardíaca - intensiva - pacientes em risco de IAM (infarto agudo do miocárdio)	Terapia intensiva
Protocolo de realimentação progressiva / Educação alimentar	Nutricionista
Reposição de vitaminas: citrato / Vitamina B12 / vitamina D / aporte de polivitaminas e micronutrientes	Clínico
Manutenção da hidratação	Cirurgião
Manutenção dos níveis glicêmicos	Endocrinologia
Cuidados função pulmonar - tolete / prevenção de embolia	Clínico Fisioterapia
Instabilidade clínica: suspeita embolia / fístulas	Cirurgião
Suspeitar rabdomiólise	Cirurgião

Requisito pós-operatório tardio	Disciplina
Visitas ambulatoriais - frequência de acordo com estabilidade - monitorar perda de peso e complicações	Cirurgião Nutricionista
Exames laboratoriais - monitorizar: hemograma / ferro / vitaminas D - B12 / metabolismo cálcio / proteínas / dislipidemia / glicemia	Laboratório Clínico
Monitorar formação de cálculos renais e vesícula biliar / gota	Cirurgião Endocrinologista
Ajuste de medicações: anti-hipertensivos / hipoglicemiantes / evitar anti-inflamatórios / reposição de vitaminas e micronutrientes	Cirurgião Endocrinologista
Monitorar aderência a atividade física	Cirurgião / Clínico Nutricionista
Identificar necessidade de grupo de apoio - especiais	Psicóloga
Considerar cirurgia para contorno corporal - após PO 2 anos	Cirurgião Plástico

Assim, tem-se que os requisitos acima são preceitos de fundamental observância para precaução dos profissionais médicos envolvidos com a cirurgia bariátrica, de sorte que, muito embora seja fundamental e estritamente a análise particularizada de cada situação concreta, com eventuais recomendações específicas para aquele nível de obesidade mórbida ou avanço das comorbidades experimentadas pelo paciente, tem-se que inobservância de algum destes pontos delineados acima, tanto na etapa pré-operatória, pós-operatória precoce ou pós-operatória tardia poderá gerar a transformação da obrigação originariamente de

meio em obrigação de resultado, caracterizando a responsabilidade indenizatória em caso de eventual insucesso ou erro médico no procedimento.

Por fim, é prudente ainda ponderar que a análise especificada acima não leva em consideração a realização de cirurgia plástica para contorno corporal, que recomendavelmente é apenas executada após 2 (dois) anos da realização da cirurgia bariátrica.

Isso porque a natureza jurídica que as cirurgias estéticas assumem é inequivocamente de obrigação de resultado, como já ponderado alhures. No entanto, em se tratando da realização de cirurgias plásticas que são realizadas após a cirurgia bariátrica para retirada de excesso de pele e de gordura, em caráter complementar, é evidente a assunção de tais procedimentos de duas finalidades: finalidade estética e reparadora.

Esta constatação permite a afirmação de que a hipótese obrigacional passa a ter natureza mista, vale dizer, o tratamento a que se submete o paciente tem por objetivo óbvio a restauração, ou ao menos a amenização, dos danos estéticos decorrentes da obesidade mórbida e da consequente cirurgia bariátrica realizada.

Neste aspecto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem entendimento sumular (construção jurisprudencial, diante do dinamismo das relações de direito, representando a formalização de um entendimento quanto à determinada matéria), já tendo editado a Súmula 97¹¹, que é clara: *Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.*

De todo modo, a apuração da responsabilização civil se mostra incólume, de sorte que existindo conduta dolosa ou culposa em quaisquer de suas modalidades, haverá a possibilidade de demanda judicial e indenização.

Neste exato sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu em 08 de novembro de 2016¹²:

¹¹ Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf>>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

¹² Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0008890-89.2009&foroNumeroUnificado=0590&dePesquisaNuUnificado=0008890-89.2009.8.26.0590&dePesquisaNuAntigo=>>>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. Danos decorrentes de cirurgias plásticas para retirada de excesso de pele e gordura. Intervenções complementares à cirurgia bariátrica. Procedimentos com finalidade estética e reparadora. Obrigação de natureza mista (de meio e resultado). Responsabilidade civil subjetiva. Fotos carregadas aos autos que não deixam dúvidas acerca do resultado negativo e insatisfatório das cirurgias plásticas realizadas. Procedimentos que não atingiram o objetivo esperado, causando diversas deformidades no corpo da apelante. Culpa do profissional caracterizada. Presença dos requisitos necessários para a responsabilização dos apelados. DANO MORAL. Ocorrência. Evidente a lesão aos direitos de personalidade da apelante, diante da dor e angústia vivenciada pelo insucesso das intervenções a que se submeteu, assim como pela frustração da razoável expectativa que tinha de obter uma melhora da sua aparência estética. Quantum indenizatório. Fixação, dada a gravidade das deformidades causadas. PENSÃO VITALÍCIA. Descabimento. Laudo pericial que atesta a inexistência de condição médica incapacitante. SUCUMBÊNCIA. Decaimento de ambas as partes. Fixação da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC/73. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO Nº: 0008890-89.2009.8.26.0590 APELANTE: THELMA MARCHESI APELADOS: JOÃO PAULO TESSARI E OUTRA COMARCA: SÃO VICENTE JUIZ: THIAGO GONÇALVES ALVAREZ. Julgado em 08 de novembro de 2016. Desembargadora ROSANGELA TELLES.

Relevantes ainda são as ponderações constantes no teor do referido acórdão, com o destaque, inclusive, pelo valor substancial fixado como danos morais a favor do ofendido:

Como bem ponderou o I. Julgador monocrático, “naquilo que tinha de reparador (a retirada do evidente excesso de pele e de gordura em razão da autora ter emagrecido quase 80 kg), a obrigação assumida pelo médico era de meio e, no ponto de vista estético (a remodelação corporal), a obrigação era de resultado”.

No caso concreto, as fotos que instruíram a petição inicial (fls. 22/32) e a contestação (fls. 109/114) não deixam dúvidas acerca do resultado negativo e insatisfatório das cirurgias plásticas a que se submeteu a

apelante, deixando uma série de deformidades no seu corpo, notadamente uma grande assimetria corporal e a ocorrência de cicatrização irregular na região lombar e pubiana. A propósito, não é preciso ser especialista no assunto para constatar os graves defeitos resultantes das intervenções cirúrgicas efetuadas pelo apelado João Paulo. Basta analisar os documentos e o quadro comparativo do “antes depois” colacionado aos autos para perceber o excesso de pele incomum deixado pela região abdominal e pélvica (fls. 24/27 e fls. 109/114), a deformidade das nádegas (fls. 29/30), a falta de simetria dos membros inferiores para com o resto do corpo (fls. 28), além, é claro, das marcas expressivas das cicatrizes.

Observa-se que os seios e a barriga da apelante formam um todo. Não houve reconstrução das mamas.

Em outras palavras, o insucesso dos procedimentos realizados é notório e facilmente perceptível pelas fotografias acostadas ao processo, situação que caracteriza a conduta culposa do médico, por se tratar de obrigação mista, cujo resultado está muito distante de ser satisfatório. Nesse diapasão, sendo inegável que houve culpa do médico, é de se concluir, portanto, pela existência no nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado, gerando o seu dever de indenizar.

Em suma, encontram-se presentes os pressupostos necessários para a responsabilização civil dos apelados.

Evidente, outrossim, a existência de lesão aos direitos de personalidade da apelante, diante da dor e angústia vivenciada pelo insucesso das intervenções a que se submeteu, assim como pela frustração da razoável expectativa que tinha de obter uma aparência estética melhor, ou seja, um resultado satisfatório, que infelizmente não ocorreu.

Caracterizado o dano moral, basta apreciar, por conseguinte, o quantum indenizatório.

Não há dúvidas de que a sanção imposta pelo descumprimento de comando legal tem duplo caráter, qual seja, ressarcitório e punitivo. Na função ressarcitória, considera-se a pessoa, vítima do ato lesivo, e a gravidade objetiva do dano que ela sofreu. Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, os olhos se voltam para aquele que teria cometido a falta, de sorte que o valor indenizatório represente uma advertência, um sinal de que tal ato não deve tornar a ocorrer.

Da análise conjunta das duas funções é que se extrai o valor da reparação. Ou seja, o valor a ser arbitrado deve ser de tal ordem que repare o mal causado a quem pede e, de certa forma, desestimule o causador desse mal, isto é, o incentive a cumprir com o seu papel na

sociedade, sem, contudo, gerar o enriquecimento sem causa da parte lesada. Pleiteia a apelante indenização no importe equivalente a 600 salários mínimos.

Todavia, levando em consideração os critérios acima mencionados, entendo que o importe R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) se mostra justo e adequado à reparação do dano moral sofrido pela apelante, sobretudo diante da gravidade das deformidades que lhe foram causadas. Sobre o valor da condenação incidirá correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora desde a data do evento danoso, consoante o disposto nas Súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Exatamente no mesmo sentido, outra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 09 de agosto de 2016¹³, apreciando a questão de forma sensata, considerando a cirurgia plástica de caráter reparador já que consequente à modalidade de cirurgia bariátrica:

Responsabilidade Civil Cirurgia plástica (dermolipectomia)
Procedimento reparador de cirurgia bariátrica Aplicação da súmula nº 97 deste Colendo Tribunal. Obrigação de meio e responsabilidade subjetiva do cirurgião. Erro médico não constatado pela prova técnica. Ausência de nexos causal entre os fatos narrados pela autora e o atendimento médico dispensado pela parte ré. Sentença de improcedência mantida - Recurso não provido. Em primeiro lugar, tem-se que a referida cirurgia plástica possui evidente caráter reparador por ser consequência direta da intervenção cirúrgica de redução da cavidade gástrica, integrando o tratamento, pelo que não possui mero caráter estético, senão efetivamente reparador, conforme entendimento sedimentado por esta Colenda Corte, na Súmula nº 97, que assim dispõe: "Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica". E quanto a esse tipo de cirurgia, não há dúvida, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, que a obrigação do médico é de meio, e a sua responsabilidade civil subjetiva, em atenção ao disposto no art. 14, § 4º, do CDC, ou seja, será apurada mediante a

¹³ Disponível em

<[>, acesso em 04 de dezembro de 2016.](https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0054221-67.2009&foroNumeroUnificado=0114&dePesquisaNuUnificado=0054221-67.2009.8.26.0114&dePesquisaNuAntigo=)

verificação de culpa. Apelação c/ Revisão nº 0054221-67.2009.8.26.0114 Comarca: CAMPINAS Apte. SABRINA AMÉRICO BONASSA (Justiça Gratuita) Apdos. GUILHERME SFAIR OTRANTO E OUTRO Juiz: Maurício Simões de Almeida Botelho Silva. Desembargador AUGUSTO REZENDE. Julgado em 9 de agosto de 2016.

6 Considerações Finais

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação de serviços direta pelo médico profissional liberal é submetida aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, que estatui regra específica, no sentido de que a responsabilidade deverá ser apurada mediante a estrita verificação da culpa do médico na realização da cirurgia bariátrica, dada a natureza *intuitu personae* dos seus serviços prestados e o reconhecimento da fragilidade do médico que pratica sua atividade de forma independente.

Trata-se de exceção às premissas do Código de Defesa do Consumidor, que com tal previsão pretendeu resguardar o profissional liberal, que desenvolve suas atividades por conta e risco próprio.

O Código Civil também estatui a responsabilização subjetiva do profissional liberal em seus artigos 186, 927 e 951, expondo e reforçando o critério da culpa na responsabilidade civil do médico.

Assim, o médico profissional liberal foi considerado economicamente frágil na relação jurídica, de forma que a apuração de sua responsabilidade por eventuais danos não se dará mediante a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, com fulcro na teoria do risco da atividade, mas sim através da comprovação de sua culpa no exercício da profissão.

Entrementes, é de se observar que o próprio Código de Defesa do Consumidor externa normas de facilitação de acesso ao judiciário para o consumidor, ora paciente, sendo importante considerar a clara possibilidade de inversão do ônus da prova, além de outras facilidades, como por exemplo, a demanda no foro de consumo do fornecedor, assistência judiciária gratuita, litisconsórcio passivo de eventual pessoa jurídica de direito privado ou público na demanda.

No entanto, saliente-se também que esta responsabilidade subjetiva é ressaltada diante da possibilidade do médico assumir uma obrigação específica para concretização de determinado resultado, situação em que haverá o compromisso de se apresentar um resultado certo, havendo, neste caso, presunção de culpa, que independerá de prova, bastando-se apenas a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

No desenvolver de suas atividades, o médico tem o dever de informar o paciente a respeito de todos os procedimentos que estão ocorrendo, em especial, declinando-lhe esclarecimentos sobre todas as técnicas que devem ser aplicadas para obtenção de resultados satisfatórios, requerendo do paciente, desta forma, sua ciência e autorização formal, com a subscrição do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido como requisito para a formalidade atinente a cirurgia bariátrica.

Demais disso, conforme se pontuou no presente trabalho, é de sabença geral e não apenas restrita à área médica, que a cirurgia bariátrica deve ser antecedida de rigoroso acompanhamento pré-operatório.

O grande número de complicações físicas e psicológicas reclama uma investigação psicodinâmica e multidisciplinar exigente, inclusive na área comportamental e nutricional, para o alcance de um resultado eficaz e com menos comprometimentos.

Assim, tratando-se de procedimento complexo e que envolve inúmeros requisitos para receber o aval médico para realização, tem-se que a cirurgia bariátrica assumirá natureza jurídica de obrigação de meio, desde que respeitadas todas as premissas e protocolos médicos relacionados, em especial as recomendações pré e pós-operatório (precoce e tardio) e as diretrizes regulamentadoras da Resolução CFM Nº 2.131/2015. No entanto, poderá ocorrer a transformação da natureza jurídica de obrigação de meio da cirurgia bariátrica para obrigação de resultado, quando desvirtuado o dever de informação adequada ou inobservados os requisitos advindos dos protocolos médicos para realização de tal procedimento.

Portanto, ocorrendo erro médico, seja lastreado no dolo ou na conduta culposa do médico, haverá responsabilização civil, podendo também ocorrer caso seja inalcançado resultado proposto, diante do descumprimento do dever de informar (seja por meio de informação defeituosa, seja por meio de publicidade enganosa) que é tido como direito autônomo capaz de gerar a responsabilização do médico, de modo a transformar a obrigação que *a priori* era de meio em obrigação de resultado.

Haverá responsabilização também quando não observados quaisquer requisitos dos tratamentos que circundam o momento prévio e posterior da cirurgia bariátrica ou deficiência no correto preenchimento da ficha clínica, prontuário, Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e demais documentos necessários à

formalização adequada da relação médico-paciente, que devem estar preenchidos de modo legível e completo, sob pena de presunção de culpa pela negligência no tratamento das informações do paciente.

Em arremate, em casos relacionados à obesidade mórbida e possível realização de cirurgia bariátrica, deve ser levada em conta a necessária compreensão do paciente como parte do tratamento, devendo despende esforços conjuntos para que se logre êxito na eliminação ou redução da enfermidade em si e suas comorbidades.

Em relação aos médicos, uma postura cada vez mais humana, zelosa e atenciosa pode ser inclusive, capaz de evitar alguns tipos de demandas indenizatórias. Já quanto ao tratamento da obesidade mórbida, doença grave e que assume proporções endêmicas, é fato também que há a necessidade de conscientização dos profissionais a respeito da necessidade de estudo e aprimoramento contínuo, além da estrita observância dos protocolos recomendados para realização da cirurgia bariátrica delineados no presente estudo.

Referências

REFERÊNCIAS

(Formato ABNT)

AGUIAR JÚNIOR, R. Responsabilidade civil do médico. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade civil: direito fundamental à saúde: atividades de prestação de serviços médicos e de saúde, serviços médicos, serviços hospitalares, risco, meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 5. (Doutrinas essenciais).

ALMEIDA, B.; FERREIRA, S. R. G.. Epidemiologia. In: CLAUDINO, A.; ZANELA, Maria Teresa (Coord.). **Guia de Transtornos Alimentares e Obesidade**. Barueri: Manole, 2005.

ARTERBURN, D.E.; COURCOULAS, A.P. **Bariatric surgery for obesity and metabolic conditions in adults**. BMJ. 2014;349:g3961.

AVECONE, P. **La responsabilidad penale del medico**. Padova: Francesco Vallardi, 1981.

BALL, K.; CRAWFORD, D. **Socioeconomic status and weight change in adults: a review**. Soc Sci Med. 2005;60(9):1987-2010.

BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.; BESSA; L. R. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 apud (TEFFÉ, 2013).

BITTAR, C.A. **Responsabilidade civil nas atividades perigosas**, in Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência, 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOOTH, H.P.; PREVOST. T.A.; WRIGHT, A.J.; GULLIFORD, M.C. **Effectiveness of behavioural weight loss interventions delivered in a primary care setting: a systematic review and metaanalysis**. Fam Pract. 2014;31(6):643-53.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República,

1916. Revogado. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.
Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 25 agosto de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.090, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 12 fev. 2016.

BRAY, G. A. **Obesidade**. In: GREESPAN, Francis S.; STREWLER, Gordon J. Endocrinologia Básica & Clínica. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

BRAY, G. A.; BELLANGER, T. **Epidemiology, trends, and morbidities of obesity and the metabolic syndrome**. Endocrine. 2006;29(1):109-17.

BUCHWALD, H. **The evolution of metabolic/bariatric surgery**. Obes Surg. 2014;24(8):1126-35.

CAHALI, Y. S. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 574 p. rev., atual. e ampl.

CARLSSON, L.M.S.; PELTONEN, M.; AHLIN, S.; ANVEDEN, A.; BOUCHARD, C., CARLSSON, B., et al. **Bariatric Surgery and Prevention of Type 2 Diabetes in Swedish Obese Subjects**. N Eng J Med. 2012;367(8):695-704.

CARDOSO, A. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CARVALHO, J. C. M. **Iatrogenia e Erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASILLO, J. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CASTRO, J. M. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.131, de 2015**. Altera o anexo da Resolução CFM nº 1.942/10. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2016. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2131_2015.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.116, de 2015**. Dispõe sobre a nova redação do Anexo II da Resolução CFM nº 2.068/2013. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2015. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2116_2015.pdf Acesso em: 23 abr. 2016.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.931, de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.

CFO – Conselho Federal de Odontologia. **Código de Ética Odontológico**. Aprovado pela Resolução CFO-118/2012. Brasília: CFO, 2012a. Disponível em: <http://cfo.org.br/wp-content/uploads/2009/09/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2016.

CFO - Conselho Federal de Odontologia. **Resolução CFO nº 118, de 2012**. Revoga o Código de Ética Odontológica aprovado pela Resolução CFO-42/2003 e aprova outro em substituição. Brasília, DF: Conselho Federal de Odontologia, 2012b. Disponível em: <<http://cfo.org.br/servicos-e-consultas/ato-normativo/?id=1634>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CHAVES, A. **Tratado de Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, v. 3.

CHRISTOU, N.V.; LIEBERMAN, M.; SAMPALIS, F., SAMPALIS, J.S. **Bariatric surgery reduces cancer risk in morbidly obese patients**. Surg Obes Relat Dis. 2008;4(6):691-5.

COELHO, F. A. **Reparação do dano moral: aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação**. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

COLQUITT, J.L.; PICKETT, K.; LOVEMAN, E.; FRAMPTON, G.K. **Surgery for weight loss in adults**. Cochrane Database Syst Rev 2014 [8 Aug 2014];8:CD003641. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/14651858.CD003641.pub4/full>.

COSTALES, J. F. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria**. Madrid: Edilex, 1987.

CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Código de ética médica**: código de processo ético-profissional, conselhos de medicina, direitos dos pacientes. São Paulo: CREMESP, 2013. 96 p. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/library/modulos/publicacoes/pdf/CodigoEticaMedica2013.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

CUMMINGS, S.; APOVIAN, C.M.; KHAODHIAR, L. **Obesity surgery: evidence for diabetes prevention/management**. J Am Diet Assoc. 2008;108(4 Suppl 1):40-4.

DIAS, J.A. **Da responsabilidade Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DÍAZ, J. A. **Responsabilidade Coletiva. Belo Horizonte.** Ed. Del Rey, 1998, p. 19, com citação de DECUGIS, Henri. Les étapes du droit, des origines a nos jours. Paris: Sirey, 1946.

DINIZ, M.H. **Curso de direito civil brasileiro.** v.I. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, M.H. **Curso de Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil.** Vol. 7. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, M.H. **Curso de direito civil brasileiro.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 7.

DINIZ, M.H. **O Estado atual do biodireito.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EISENBERG, D.M.; BURGESS, J.D. **Nutrition Education in an Era of Global Obesity and Diabetes: Thinking Outside the Box.** Acad Med [serial on the internet]. 2015 [acesso em 23 abr. 2016];90(7):854-60. Disponível em: http://journals.lww.com/academicmedicine/Fulltext/2015/07000/Advancing_the_Latin_o_Physician.10.aspx

FONSECA, J.G.; SOUSA E SILVA, M.K.; FÉLIX, D.S. Obesidade: uma visão geral. In: FONSECA, João Gabriel Marques (Ed.). **Obesidade e Outros Distúrbios Alimentares.** Rio de Janeiro: MEDSI, 2002, v. 2.

FRANÇA, G.V. **Direito Médico.** 12ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

GARCEZ NETO, M. **Prática de responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GIOSTRI, H.T. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada.** Curitiba, PR: Juruá, 1999, p. 136.

GOMES, J.C.M.; DRUMOND, J.G.F.; FRANÇA, G. V. **Erro Médico.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2002.

GOMES, L.R.F. **Curso de direito civil; elementos de responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, C.R. **Responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, C.R. **Responsabilidade Civil.** 10ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2008.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro**. v. IV. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GRINOVER, A.P. (et. al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do ante projeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUO, X.H.; LIU, X.Y.; WANG, M.C.; WEI, F.X.; ZHANG, Y.W.; ZHANG, Y.C. **The Effects of Bariatric Procedures versus Medical Therapy for Obese Patients with Type 2 Diabetes: MetaAnalysis of Randomized Controlled Trials**. Biomed Res Int. [serial on the internet]. 2013 [cited 2016 abr 23];ID 410609: 11 p. Disponível em: <http://www.hindawi.com/journals/bmri/2013/410609/>.

HIRONAKA, G.M.F.N. **Estudos de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KASHYAP, S.R.; BHATT, D.L.; WOLSKI, K.; WATANABE, R.M.; ABDUL-GHANI, M.; ABOOD, B., et al. **Metabolic Effects of Bariatric Surgery in Patients With Moderate Obesity and Type 2 Diabetes Analysis of a randomized control trial comparing surgery with intensive medical treatment**. Diabetes Care. 2013;36(8):2175-82

KASHYAP, S.R.; BHATT, D.L.; WOLSKI, K.; WATANABE, R.M.; ABDUL-GHANI, M.; ABOOD, B. et al. **Metabolic Effects of Bariatric Surgery in Patients With Moderate Obesity and Type 2 Diabetes Analysis of a randomized control trial comparing surgery with intensive medical treatment**. Diabetes Care. 2013;36(8):2175-82.

KASSAM, Z.; SMITH, M.; ALM, E. **Bariatric Surgery versus Intensive Medical Therapy for Diabetes**. N Eng J Med. 2014; 371:680-682.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KOPELMAN, P.G. **Obesity as a medical problem**. Nature. 2000;404(6778):635-43.

LEVI, D.; GOODMAN, E.R.; PATEL, M.; SAVRANSKY, Y. **Critical care of the obese and bariatric surgical patient**. Crit Care Clin. 2003;19(1):11-32.

LIMA, A. **Culpa e risco**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2. Ed. 1999. P. 20.

LISBOA, R.S. **Manual elementar de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

LISBOA, R.S. **Responsabilidade Civil nas relações de consumo**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, P.L.N. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 26, 1998.

LOPES, M. M. S. **Curso de direito civil. Fontes contratuais das obrigações – Responsabilidade civil**. vol. 5. 5. ed. revisada pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LOPEZ, T.A. **O dano estético**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAGALHÃES, T.A.L. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.) Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1982.

MARQUES, C. L. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A.H. V. ; MIRAGEM, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º ao 74, aspectos materiais**. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 249.

MAZEAUD et MAZEAUD, apud DIAS, J.A. Op. Cit., 2012, p. 29.

MECHANICK, J.I.; KUSHNER, R.F.; SUGERMAN, H.J.; GONZALES-CAMPOY, J.M., COLAZZO-CLAVELLI, M.L. GUVEN, S., et al. **American Association of Clinical Endocrinologists, The Obesity Society and American Society for Metabolic and Bariatric Surgery guidelines for clinical practice for the perioperative nutritional, metabolic and non surgical support of the bariatric surgery patient**. Endocr Pract. 2008; 14 (suppl 1): 1-83.

MELO, N.D. **Responsabilidade civil por erro médico, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELO, N.D. **Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014, 314 p.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portal da Saúde: **Prevenção e tratamento - Doenças ligadas à obesidade custam R\$ 488 milhões**. [texto na internet]. Portal Saúde. 2013 mar. 19. [acesso em acesso em 23 de abril de 2016]. Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/noticias-antiores-agencia-saude/3414-doencas-ligadas-a-obesidade-custam-r-488-milhoes>>

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portal da Saúde: **PORTARIA Nº 424, DE 19 DE MARÇO DE 2013**. Redefine as diretrizes para a organização da prevenção e do tratamento do sobrepeso e obesidade como linha de cuidado prioritária da Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas. 2013 mar. 19. [acesso em acesso em 23 de abril de 2016]. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0424_19_03_2013.html>

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Metade dos brasileiros está com excesso de peso** [texto na internet]. Portal Saúde. 2015 abr 15. [acesso em acesso em 24 de abril de 2016]. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/04/metade-dos-brasileiros-esta-com-excesso-de-peso>>

MONTEIRO, W.B. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. v.4. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, I.N. **Erro médico e a lei**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

MORAES, I.N. **Erro médico e a lei**. 4. ed. São Paulo: LEJUS, 1998.

NERY JR, N.; NERY, R.M. A. **Código Civil Comentado**. 4 ed., São Paulo: RT, 2006.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 529.

Obesity: preventing and managing the global epidemic. Report of a WHO Consultation (WHO Technical Report Series 894) [texto na internet]. World Health Organization. 2000. [acesso em 15 mar. 2016]. Disponível em: http://www.who.int/nutrition/publications/obesity/WHO_TRS_894/en/.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Obesidade: prevenindo e controlando a epidemia global**. Tradução de Andrea Favano. Revisão científica de Sérgio Setsuo Maeda. São Paulo: Roca, 2004.

PANASCO, W.L. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PANISA, P. **O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica**. São Paulo: RCS, 2006.

PAULA, C.B.A. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, C.M.S. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 260.

REIS, C. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIPERT, G. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseler, 2000, p. 205.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

SALES-PERES, S.H.C. **Obesidade e saúde bucal: riscos e desafios** / Silvia Helena de Carvalho Sales-Peres. – 1. ed. – Maringá: Dental Press, 2016. 264 p.: il. Capítulo 15 – Cirurgia Bariátrica: equipe multidisciplinar. Celso Roberto Passeri.

SALES PERES, A. et. al. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 103, p. 675-683. Jan./dez. 2008.

SALTZMAN, E.; ANDERSON, W.; APOVIAN, C.M.; BOULTON, H.; CHAMBERLAIN, A.; CULLUM-DUGAN, D.; et al. **Criteria for patient selection and multidisciplinary evaluation and treatment of the weight loss surgery patient**. *Obes Res*. 2005 Feb; 13(2): 234-43.

SANTOS, A.J. **Dano moral indenizável**. 4. ed. Ver., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, W. M. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999 (edição história).

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade civil**. Doutrina e jurisprudência. Editora Revista dos Tribunais, 10 ed. 2014, 2.448 páginas.

VENOSA, S.S. **Direito Civil**. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

VENOSA, S.S. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 4, 3º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

SCHAUER, P.R.; KASHYAP, S.R.; WOLSKI, K.; BRETHAUER, S.A.; KIRWAN, J.P.; POTHIER, C.E. et al. **Bariatric Surgery versus Intensive Medical Therapy in Obese Patients with Diabetes**. N Engl J Med. 2012;366(17):1567-76.

SCHAUER, P.R.; BHATT, D.L. KIRWAN, J.P.; WOLSKI, K.; BRETHAUER, S.A.; NAVANEETHAN, S.D. et al. **Bariatric Surgery versus Intensive Medical Therapy for Diabetes-3-Year Outcomes**. N Engl J Med. 2014;370(21):2002-13.

SCHERNTHANER, G., MORTON, J.M. **Bariatric surgery in patients with morbid obesity and type 2 diabetes**. Diabetes Care. 2008;31(suppl 2):297-302.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SJOSTROM, L.; NARBRO, K.; SJOSTROM, D.; KARASON, K.; LARSSON, B.; WEDEL, H. et al. **Effects of bariatric surgery on mortality in Swedish obese subjects**. N Engl J Med. 2007;357(8):741-52.

SJOSTROM, L. **Bariatric surgery and reduction in morbidity and mortality: experiences from the SOS study**. Int J Obes. 2008;32:93-7.

SJOSTROM, L.; GUMMESSON, A.; SJOSTROM, C.D.; NARBRO, K.; PELTONEN, M., WEDEL, H. et al. **Effects of bariatric surgery on cancer incidence in obese patients in Sweden (Swedish Obese Subjects Study): a prospective, controlled intervention trial**. Lancet Oncol. 2009;10(7):653-62.

SJOSTROM, L. **Review of the key results from the Swedish Obese Subjects (SOS) trial - a prospective controlled intervention study of bariatric surgery**. J Intern Med. 2013;273(3):219-34.

TEIXEIRA, P.J.; CARRAÇA, E.V.; MARQUES, M.M.; RUTTER, H; OPPERT, J.M. DE BOURDEAUDHUIJ, I. et al. **Successful behavior change in obesity interventions in adults: a systematic review of self-regulation mediators**. BMC Med. 2015;13(1):84

TEPEDINO, G. **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2003.

WALSH, S.M.; PALMER, W.; WELSH, J.A.; VOS, M.B. **Challenges and successes of a multidisciplinary pediatric obesity treatment program.** Nutr Clin Pract. 2014;29(6):780- 5.

Anexos

ANEXOS

Resolução Nº 2.131/2015 do Conselho Federal de Medicina

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.131/2015

(Publicada no D.O.U. em 13 jan. 2016, Seção I, p. 66)

(Retificação publicada no D.O.U. 29 jan. 2016, Seção I, p. 287)

Altera o anexo da Resolução CFM nº 1.942/10, publicada no D.O.U. de 12 de fevereiro de 2010, Seção I, p. 72.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e pela Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013;

CONSIDERANDO que a obesidade é doença cada vez mais comum, cuja prevalência já atinge proporções epidêmicas;

CONSIDERANDO que uma grande preocupação médica é o risco elevado de doenças associadas ao sobrepeso e à obesidade, tais como diabetes, doenças cardiovasculares (DCV) e alguns cânceres;

CONSIDERANDO que é importante o conhecimento das comorbidades mais frequentes para permitir o diagnóstico precoce, a prevenção e o tratamento dessas condições, e para identificar os pacientes que possam se beneficiar com a perda de peso;

CONSIDERANDO que isso permitirá a identificação precoce e a avaliação de risco, de forma que intervenções adequadas possam ser realizadas para reduzir a mortalidade associada;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite identificar a cirurgia bariátrica como forma eficaz de tratamento da obesidade mórbida a curto e longo prazos e

que o conhecimento dos mecanismos de funcionamento das operações atualmente é mais claro;

CONSIDERANDO que o artigo 7º da [Lei nº 12.842/2013](#) estabelece que compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos de medicina, autorizando e vedando a sua prática pelos médicos;

CONSIDERANDO a necessidade de atualização do Anexo da Resolução CFM nº 1.942/2010;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 12 de novembro de 2015;

RESOLVE

Art. 1º Alterar o Anexo da [Resolução CFM nº 1.942/2010](#).

Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2015.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral

ANEXO DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2.131/2015

1. INDICAÇÕES GERAIS

- Pacientes com índice de massa corpórea (IMC) acima de 40 kg/m^2 .
(Retificação publicada no D.O.U. 29 jan. 2016, Seção I, p. 287)
- Pacientes com IMC maior que 35 kg/m^2 e portadores de comorbidades (doenças agravadas pela obesidade e que melhoram quando a mesma é tratada de forma eficaz) que até ameacem a vida como: diabetes, apneia do sono, hipertensão arterial, dislipidemia, doenças cardiovasculares incluindo doença arterial coronariana, infarto do miocárdio (IM), angina, insuficiência cardíaca congestiva (ICC), acidente vascular cerebral, hipertensão e fibrilação atrial, cardiomiopatia dilatada, cor pulmonale e síndrome de hipoventilação, asma grave não controlada, osteoartroses, hérnias discais, refluxo gastroesofageano com indicação cirúrgica, colecistopatia calculosa, pancreatites agudas de repetição, esteatose hepática, incontinência urinária de esforço na mulher, infertilidade masculina e feminina, disfunção erétil, síndrome dos ovários policísticos, veias varicosas e doença hemorroidária, hipertensão intracraniana idiopática (*pseudotumor cerebri*), estigmatização social e depressão.
- Idade: maiores de 18 anos.
- Obesidade estabelecida conforme os critérios acima, com tratamento clínico prévio insatisfatório de, pelo menos, dois anos.

PRECAUÇÕES PARA INDICAÇÃO DA CIRURGIA

- Não uso de drogas ilícitas ou alcoolismo.
- Ausência de quadros psicóticos ou demenciais graves ou moderados.
- Compreensão, por parte do paciente e familiares, dos riscos e mudanças de hábitos inerentes a uma cirurgia de grande porte sobre o tubo digestivo e da necessidade de acompanhamento pós-operatório com a equipe multidisciplinar, a longo prazo.

Adolescentes com 16 anos completos e menores de 18 anos poderão ser operados, respeitadas as condições acima, além das exigências legais, de ter a concordância dos pais

ou responsáveis legais, a presença de pediatra na equipe multiprofissional, a consolidação das cartilagens das epífises de crescimento dos punhos e outras precauções especiais, com o risco-benefício devendo ser muito bem analisado.

Não existem evidências na literatura que respaldem a realização de cirurgia bariátrica em menores de 16 anos, sendo a mesma considerada experimental nesta faixa etária, só podendo ser realizada sob as normas do sistema CEP/CONEP.

Pacientes acima de 65 anos poderão realizar a cirurgia respeitadas as condições gerais acima elencadas, além de avaliação individual por equipe multiprofissional, avaliação criteriosa do risco-benefício, risco cirúrgico, presença de comorbidades, expectativa de vida e benefícios do emagrecimento.

PRECAUÇÕES PARA INDICAÇÃO DA CIRURGIA

- Não uso de drogas ilícitas ou alcoolismo.
- Ausência de transtorno de humor grave, quadros psicóticos em atividade ou quadros demenciais.
- Compreensão, por parte do paciente e familiares, dos riscos e mudanças de hábitos inerentes a uma cirurgia de grande porte sobre o tubo digestivo e da necessidade de acompanhamento pós-operatório com a equipe multidisciplinar, a longo prazo.

2. RISCO ANESTÉSICO-CIRÚRGICO

- Deve ser compatível com o procedimento cirúrgico proposto.

3. EQUIPE

Precisa ser capacitada para cuidar do paciente nos períodos pré e transoperatório e fazer o seguimento do mesmo.

COMPOSIÇÃO: cirurgião com formação específica, endocrinologista, psiquiatra, nutrólogo, nutricionista e psicólogo. Se necessário, para melhor tratamento dos pacientes, outros especialistas, como cardiologistas e pneumologistas, podem ser acionados. A equipe de

atendimento hospitalar deve estar familiarizada com as características da população atendida e os efeitos dos procedimentos cirúrgicos, sendo composta por anestesiolista, fisioterapeuta e equipe de enfermagem.

4. HOSPITAL

Precisa apresentar condições adequadas para atender a pacientes portadores de obesidade mórbida, bem como possuir UTI e aparelho anestésico regulável para ciclagem com grandes volumes e baixa pressão.

5. PROCEDIMENTOS RECONHECIDOS

A) ENDOSCÓPICOS

BALÃO INTRAGÁSTRICO — colocação de um balão intragástrico por via endoscópica, com cerca de 500 ml de líquido, objetivando diminuir a capacidade gástrica do paciente, provocando a saciedade e diminuindo o volume residual disponível para os alimentos. Método provisório: o balão deve ser retirado no prazo recomendado pelo fabricante.

INDICAÇÃO: adjuvante do tratamento de perda de peso, principalmente no preparo pré-operatório de pacientes com superobesidade (IMC acima de 50 kg/m²), com associação de patologias agravadas e/ou desencadeadas pela obesidade mórbida.

CONTRA-INDICAÇÕES: esofagite de refluxo; hérnia hiatal; estenose ou divertículo de esôfago; lesões potencialmente hemorrágicas, como varizes e angiodisplasias; cirurgia gástrica ou intestinal de ressecção; doença inflamatória intestinal; uso de anti-inflamatórios, anticoagulantes, álcool ou drogas e transtornos psíquicos.

COMPLICAÇÕES: aderências ao estômago; passagem para o duodeno; intolerância ao balão, com vômitos incoercíveis; úlceras e erosões gástricas; esvaziamento espontâneo do balão; obstrução intestinal por migração do balão; perfuração gástrica; infecção fúngica em torno do balão.

B) CIRÚRGICOS NÃO DERIVATIVOS

BANDA GÁSTRICA AJUSTÁVEL — é uma prótese de silicone que, colocada em torno do estômago proximal, o faz ter a forma de uma ampulheta. O diâmetro interno da banda pode ser regulado no pós-operatório por injeção de líquido no reservatório situado no subcutâneo.

VANTAGENS: método reversível, pouco agressivo, permite ajustes individualizados no diâmetro da prótese, mínimas repercussões nutricionais. Sua retirada possibilita realizar outros procedimentos bariátricos. Não há secção e sutura do estômago. Baixa morbimortalidade operatória e retorno precoce às atividades habituais.

DESVANTAGENS: perda de peso que pode ser insuficiente a longo prazo; exige estrita cooperação do paciente em seguir as orientações dietoterápicas; riscos inerentes ao uso permanente de corpo estranho; inadequada para alguns pacientes, comedores de doce, portadores de esofagite de refluxo e hérnia hiatal volumosa; possibilidade de ocorrência de complicações a longo prazo, como migração intragástrica da banda, deslizamento da banda e complicações com o reservatório. Os resultados pobres e o alto índice de reoperação deixam a indicação desta técnica como exceção.

GASTRECTOMIA VERTICAL — a gastrectomia vertical (gastrectomia em manga, gastrectomia longitudinal) é um procedimento bariátrico do armamentário cirúrgico que possui aceitação global, com bons resultados em múltiplos centros em vários países. Funcionam com restrição gástrica, com remoção de 70% a 80% do estômago proximal ao antro, assim como outros mecanismos neuroendócrinos e fisiológicos associados. Como os demais procedimentos cirúrgicos bariátricos, deve ser realizada por equipes bem treinadas, com habilitação específica e suporte multidisciplinar adequado.

VANTAGENS: não exclui o duodeno do trânsito alimentar, portanto não interfere no sítio de absorção de ferro, cálcio, zinco e vitaminas do complexo B; pode ser transformada, em caso de insucesso, em qualquer outra técnica bariátrica regulamentada; permite o acesso às vias biliar e pancreática por métodos endoscópicos habituais.

CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

DESVANTAGENS: método irreversível, que pode produzir complicações de alta gravidade e difícil tratamento, como a fístula junto a ângulo de Hiss (esôfago-gástrico), porém em baixa incidência; existem dados que demonstram perda de peso aceitável em longo prazo, melhor que a banda gástrica ajustável, porém menor que outros procedimentos derivativos.

C) CIRURGIAS DERIVATIVAS

Cirurgias derivativas são aquelas que desviam o trajeto do alimento pelo tubo digestório e por diversos mecanismos de ação que incluem má absorção de gorduras e levam a perda ponderal significativa a longo prazo.

Essas cirurgias têm efeitos independentes da perda de peso ao modificar a produção de hormônios gastrintestinais, cujos efeitos podem afetar a saciedade e a secreção de insulina pelo pâncreas, entre outros mecanismos, como alteração de secreção de ácidos biliares secundários e até modificação da flora bacteriana intestinal.

Esse grupo de cirurgias compreende as diversas modalidades de derivação gástrica com reconstituição do trânsito intestinal em Y de Roux e as derivações bílio-pancreáticas (à Scopinaro ou "switch" duodenal).

Cirurgia de derivação gástrica com reconstituição em Y de Roux sem ressecção gastrointestinal (bypass gástrico)

Essa cirurgia tem inicial e transitório componente restritivo alimentar e modifica a produção de hormônios que modulam a fome e a saciedade.

VANTAGENS: perda de peso adequada e duradoura, com baixo índice de insucesso; trata também a doença do refluxo gastroesofageano; apresenta taxas aceitáveis de complicações em longo prazo; é potencialmente reversível, embora com dificuldade técnica; apresenta bons resultados em termos de melhoria da qualidade de vida e doenças associadas.

Essa operação também apresenta efeitos metabólicos independentes da perda de peso. Ocorrem modificações funcionais e hormonais do tubo digestório, com efeitos benéficos adicionais sobre o controle ou reversão das comorbidades metabólicas, em especial sobre o diabetes tipo 2.

DESVANTAGENS: tecnicamente mais complexa; acesso limitado ao estômago excluído e ao duodeno para métodos radiológicos e endoscópicos; passível de complicações, como deiscência de suturas; maiores chances de deficiências proteicas e anemia do que as cirurgias restritivas.

Derivações bileopancreáticas

A) cirurgia de derivação bílio-pancreática com gastrectomia horizontal (cirurgia de Scopinaro); B) cirurgia de derivação bílio-pancreática com gastrectomia vertical e preservação do piloro (cirurgia de duodenal switch).

Essas técnicas também apresentam efeitos independentes da perda de peso. Ocorrem modificações funcionais e hormonais do tubo digestório, com efeitos benéficos adicionais sobre o controle ou reversão das comorbidades metabólicas, em especial sobre o diabetes tipo 2 e a dislipidemia.

VANTAGENS: há menor restrição da ingestão alimentar; são muito eficazes em relação à perda de peso e manutenção em longo prazo; o reservatório gástrico é completamente acessível aos métodos de investigação radiológica e endoscópica.

DESVANTAGENS: mais sujeitas às complicações nutricionais e metabólicas de controle mais complexo, tais como deficiência de vitaminas lipossolúveis, deficiência de vitamina B12, cálcio e ferro; desmineralização óssea; úlcera de boca anastomótica; aumento do número de evacuações diárias, com fezes e flatos muito fétidos.

D) CIRURGIAS EXPERIMENTAIS

São consideradas experimentais ou em investigação aquelas técnicas realizadas sob protocolo de pesquisa, sob a supervisão de Comissões de Ética em Pesquisa (CEP) e/ou Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep). Essas operações devem seguir as regulamentações de pesquisas em seres humanos e obrigatoriamente estar registradas na Plataforma Brasil do Conep, e após essa fase deverão ser aprovadas na Câmara Técnica de Novos Procedimentos e Indicações do CFM, nos termos da Resolução 466/12 do CNS, da Resolução 1.499/98 e da Resolução 1.982/2012 do Conselho Federal de Medicina.

Quaisquer propostas cirúrgicas que não sejam banda gástrica ajustável, gastrectomia vertical, derivação gastrojejunal em Y de Roux, cirurgia de Scopinaro ou de “switch duodenal” não devem ser indicadas, salvo aquelas que sejam operações experimentais que tiverem sua normatização estabelecida no CFM e no Conep e sob protocolos de investigação científica.

E) CIRURGIAS PROSCRITAS

A derivação jejunoileal exclusiva (término-lateral ou látero-lateral ou parcial) está prosrita em vista da alta incidência de complicações metabólicas e nutricionais em longo prazo. As complicações ocorrem pela grande quantidade de intestino desfuncionalizado, que leva a um supercrescimento bacteriano no extenso segmento intestinal excluído, provocando alta incidência de complicações digestivas como diarreia, cirrose, pneumatose intestinal e artrites. Pelo exposto, não mais devem ser realizadas.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2.131/2015

Atualmente a obesidade é doença cada vez mais comum e que atinge proporções endêmicas. Por essa razão, uma grande preocupação médica é o elevado risco de doenças associadas ao sobrepeso e à obesidade, tais como diabetes, doenças cardiovasculares (DCV) e alguns tipos de câncer.

O conhecimento das comorbidades mais frequentes nos casos de obesidade facilita o diagnóstico precoce, a prevenção e o respectivo tratamento. Importa saber como identificar os pacientes que podem se beneficiar da perda de peso.

Isso permitirá a identificação precoce e a avaliação de risco, de modo que as intervenções possam ser realizadas adequadamente para reduzir a mortalidade associada a obesidade.

Diante do avanço científico, é possível identificar a cirurgia bariátrica como uma forma eficaz de tratamento da obesidade mórbida a curto e longo prazos, assim como o conhecimento das operações tornou-se mais claro.

Em vista do acima exposto, tornou-se imprescindível que o Conselho Federal de Medicina atualizasse as indicações operatórias contidas no Anexo da Resolução CFM nº 1.942/2010, incluindo modificações nas faixas etárias dos candidatos, no tempo de tratamento da enfermidade, na classificação dos procedimentos, na justificativa científica de cada técnica já regulamentada à luz dos conhecimentos atuais e na definição do significado dos procedimentos experimentais e proscritos em cirurgia bariátrica.

Os comentários sobre as vantagens e desvantagens são baseados em extensa literatura atual.

Brasília, 12 de novembro de 2015.

MAURO LUIZ DE BRITTO RIBEIRO
Relator

ANEXOS

Da Portaria Nº 424/2013 do Ministério da Saúde

PORTARIA Nº- 425, DE 19 DE MARÇO DE 2013

Estabelece regulamento técnico, normas e critérios para o Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e
Considerando a Portaria nº 4.279/GM/MS, de 30 de dezembro de 2010, que estabelece diretrizes para a organização da Rede de Atenção à Saúde no âmbito do SUS;
Considerando a Portaria nº 1.600/GM/MS, de 7 de julho de 2011, que reformula a Política Nacional de Atenção às Urgências e institui a Rede de Atenção às Urgências no SUS;
Considerando o Plano de Ações Estratégicas para o Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis no Brasil 2011-2022;
Considerando a Portaria nº 252/GM/MS, de 19 de fevereiro de 2013, que institui a Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);
Considerando a Portaria nº 424/GM/MS, de 19 de março de 2013, que atualiza as diretrizes para organização da prevenção e do tratamento do sobrepeso e obesidade como linha de cuidado prioritária na Rede de Atenção às Pessoas com Doenças Crônicas e dá outras providências; e
Considerando a necessidade de definir Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade, determinando os seus papéis na atenção à saúde e as qualidades técnicas necessárias, resolve:

Art. 1º Fica definido o Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade como o estabelecimento que ofereça assistência diagnóstica e terapêutica especializada, condições técnicas, instalações físicas, equipamentos e recursos humanos adequados ao atendimento aos indivíduos com obesidade.

Parágrafo único. Os indivíduos com indicação para o tratamento cirúrgico da obesidade são aqueles com obesidade grau III e obesidade grau II com comorbidades, conforme os critérios estabelecidos na Portaria nº 424/GM/MS, de 19 de março de 2013, da linha de cuidado do sobrepeso e obesidade na Rede de Atenção às Pessoas com Doenças Crônicas.

Art. 2º Para cumprir as suas finalidades, os estabelecimentos de saúde habilitados como Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade devem estar inseridos na organização da linha de cuidado do sobrepeso e obesidade na Rede de Atenção às Pessoas com Doenças Crônicas.

Parágrafo único. As Secretarias de Saúde dos Estados, ao indicarem o Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade, devem estabelecer em conjunto com seus respectivos municípios, os fluxos e mecanismos de referência e contrarreferência dos indivíduos obesos grau III e grau II com comorbidades, de acordo com o estabelecido na linha de cuidado do sobrepeso e obesidade na Rede de Atenção às Pessoas com Doenças Crônicas.

Art. 3º Fica estabelecido que o Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade deverá:

I - Participar de forma articulada e integrada com a Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do SUS e com a linha de cuidado definida localmente para o tratamento do sobrepeso e da obesidade;

II - Participar no desenvolvimento profissional, em parceria com o gestor local do SUS, induzindo à formação e à qualificação para atenção ao obeso, incorporando os referenciais conceituais e organizacionais do SUS.

Art. 4º Fica aprovado, na forma de Anexos a esta Portaria, o que segue:

I - Anexo I - Diretrizes gerais para o tratamento cirúrgico da obesidade e acompanhamento pré e pós-cirurgia bariátrica;

II - Anexo II - Normas de Credenciamento/Habilitação para o Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade;

III - Anexo III - Relação dos procedimentos para o tratamento cirúrgico da obesidade na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS.

Art. 5º Ficam definidos os critérios de credenciamento/habilitação do Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade com adesão à linha de cuidado do sobrepeso e obesidade estabelecidos no Anexo II a esta Portaria.

§ 1º Fica incluído na tabela de habilitações do Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde (SCNES) a habilitação em Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade (código 02.03).

§ 2º A Secretaria de Estado de Saúde deverá encaminhar resolução da Comissão Intergestores Bipartite - CIB ao Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Especializada, Coordenação Geral de Média e Alta Complexidade - CGMAC/DAE/SAS/MS, com a aprovação da linha de cuidado do sobrepeso e obesidade na Rede de Atenção às Pessoas com Doenças Crônicas dos estabelecimentos que estão habilitados conforme a Portaria nº 492/SAS/MS, de 31 de agosto de 2007, como Unidade de Assistência em Alta Complexidade ao Paciente Portador de Obesidade Grave, no prazo de 1 (um) ano, a contar da publicação desta Portaria.

Art. 6º Para os estabelecimentos que forem habilitados pelos critérios definidos no Anexo II a esta Portaria, será concedido incremento no valor dos exames, quando realizados no pré-operatório de indivíduos com obesidade grau III e grau II associada a comorbidades, e que serão financiados pelo Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC).

Art. 7º Fica definido que terão incrementos no componente SA (SERVIÇO AMBULATORIAL) os procedimentos relacionados quando realizados em estabelecimentos habilitados como Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade (código 02.03) no pré-operatório de pacientes com os CID E66.0; E66.2; E66.8; e, E66.9.

Código	Procedimento	Incremento
02.09.01.003-7	Esofagogastroduodenoscopia	107,64 %
02.05.02.004-6	Ultra-sonografia de abdômen total	121,34%
02.05.01.003-2	Ecocardiografia transtorácica	150%
02.05.01.004-0	Ultrassonografia doppler colorido (até 3 vasos)	165,15%
02.11.08.005-5	Prova de função pulmonar completa com broncodilatador (espirometria)	277,36%

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o "caput" deste artigo serão identificados no SIGTAP com o atributo REGRA CONDICIONADA.

Art. 8º Ficam alteradas na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS as idades mínima e máxima para o tratamento cirúrgico da obesidade, respeitando-se os limites clínicos de acordo com a idade.

§ 1º Para jovens entre 16 e 18 anos, poderá ser indicado o tratamento cirúrgico àqueles que apresentarem o escore-z maior que +4 na análise do IMC por idade, porém o tratamento cirúrgico não deverá ser realizado antes da consolidação das epífises de crescimento. Portanto, a avaliação clínica do jovem necessita constar em prontuário e deve incluir: a análise da idade óssea e avaliação criteriosa do risco-benefício, realizada por equipe multiprofissional com participação de dois profissionais médicos especialistas na área.

§ 2º Para adultos com idade acima de 65 anos, deverá ser realizada avaliação individual por equipe multiprofissional, considerando a avaliação criteriosa do risco-benefício, risco cirúrgico, presença de comorbidades, expectativa de vida e benefícios do emagrecimento.

Art. 9º Fica incluído, na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS, o procedimento 03.01.12.006-4 - Acompanhamento de paciente pré-cirurgia bariátrica por equipe multiprofissional, que tem como instrumento de registro a Autorização de Procedimentos Ambulatoriais -

APAC, cujo Laudo para Solicitação/Autorização de Procedimento Ambulatorial deverá conter os dados

complementares.

§ 1º O procedimento 03.01.12.006-4 - Acompanhamento de paciente pré-cirurgia bariátrica por equipe multiprofissional deve ser apresentado na quantidade máxima de 1 (um) em APAC, tipo única,

que terá validade de 3 (três) competências.

§ 2º Para realização do procedimento descrito no "caput", os estabelecimentos devem ser habilitados em Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade (código 02.03).

Art. 10 O procedimento 03.01.12.005-6 - Acompanhamento de paciente pós-cirurgia bariátrica por equipe multiprofissional tem como instrumento de registro a Autorização de Procedimentos Ambulatoriais - APAC, cujo Laudo para Solicitação/Autorização de Procedimento Ambulatorial deverá conter os dados complementares.

Parágrafo único. Os modelos de laudos e demais orientações técnicas estão disponíveis no endereço eletrônico <http://sia.datasus.gov.br>.

Art. 11 Fica incluído o procedimento 04.07.01.036-0 - Gastrectomia Vertical em Manga (Sleeve) - na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS, conforme Anexo III a esta Portaria.

Art. 12 Ficam incluídos os procedimentos para possíveis complicações pós-cirúrgica : 03.07.03.013-7 - Tratamento de intercorrência clínica pós-cirurgia bariátrica e 04.07.01.037-8 – Tratamento de intercorrência cirúrgica pós-cirurgia bariátrica na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS, conforme Anexo III a esta Portaria.

§ 1º Fica definido que os procedimentos descritos no "caput" estão restritos aos primeiros 30 dias pós-cirurgia bariátrica.

§ 2º Nas intercorrências clínicas e/ou cirúrgicas pós-cirurgia bariátrica com internação do paciente, deverá ser registrado o número da AIH da cirurgia bariátrica no campo AIH anterior no SISAIIH01.

Art. 13 Fica incluído o procedimento 04.13.04.026-7 - Dermolipectomia abdominal circunferencial pós-cirurgia bariátrica na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS, conforme Anexo III a esta Portaria.

Art. 14 O registro do procedimento 04.15.02.001-8 - Procedimentos Sequenciais de Cirurgia Plástica Reparadora pós-cirurgia bariátrica da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS será efetuado da seguinte forma:

I - Na AIH dever-se-á informar como procedimento solicitado e realizado o 04.15.02.001-8 - Procedimentos Sequenciais de Cirurgia Plástica Reparadora pós-cirurgia bariátrica.

II - Na mesma AIH do procedimento 04.15.02.001-8 será permitido o registro simultâneo de, no máximo, 2 (dois) procedimentos de cirurgias plásticas reparadoras definidas no Anexo III a esta Portaria.

III - Os procedimentos definidos no Anexo III a esta Portaria deverão ser registrados no campo Procedimentos Realizados da AIH, sendo pago 100% do valor total de cada procedimento.

Art. 15 Ficam alterados os atributos dos procedimentos 04.07.01.012-2 - Gastrectomia com ou sem derivação duodenal, 04.07.01.018-1 - Gastroplastia vertical com banda e 04.07.01.017-3 – Gastroplastia com derivação intestinal, conforme Anexo III a esta Portaria.

Art. 16 Fica definido que no valor dos procedimentos para o tratamento cirúrgico da obesidade de que trata esta Portaria, não estão incluídos os valores das OPM compatíveis.

Art. 17 Ficam incluídas as compatibilidades de OPM com os procedimentos para tratamento cirúrgico da obesidade conforme a tabela a seguir:

Procedimentos	Compatibilidades	Quantidade
04.07.01.012-2 - Gastrectomia com ou sem derivação duodenal	07.02.05.028-08 - Grampeador linear cortante	01
04.07.01.036-0 - Gastrectomia Vertical em Manga (Sleeve)	07.02.05.004-0 - Carga para grampeador linear cortante	03
	07.02.05.028-08 - Grampeador linear cortante	01
	07.02.05.004-0 - Carga para grampeador linear cortante	03
04.07.01.017-3 - Gastroplastia com derivação intestinal	07.02.05.028-08 - Grampeador linear cortante	01
	07.02.05.004-0 - Carga para grampeador linear cortante	03
04.07.01.018-1 - Gastroplastia vertical com banda	07.02.05.027-0 - Grampeador linear	01
	07.02.05.026-1 - Grampeador circular intraluminal	01

Art. 18 Fica determinado que o Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade realize as avaliações, as indicações e o acompanhamento dos indivíduos com obesidade, conforme estabelecido na linha de cuidado do sobrepeso e obesidade na Rede de Atenção às Pessoas com Doenças Crônicas.

Art. 19 Fica determinado que a organização da Rede de Atenção às Urgências deve prestar assistência e o primeiro cuidado às urgências e emergências, em ambiente adequado, até a transferência/encaminhamento dos indivíduos com obesidade a outros pontos de atenção, quando necessário, com a implantação de acolhimento e avaliação de riscos e vulnerabilidades.

Art. 20 As Secretarias de Saúde dos Estados, desde que não haja oferta de serviços ou insuficiência avaliada e comprovada, devem observar o disposto na Portaria nº 258/SAS/MS, de 30 de julho de 2009, que regulamenta a Central Nacional de Regulação da Alta Complexidade (CNRAC).

Art. 21 Fica determinado que os formulários de vistoria e roteiros que auxiliem no tratamento e encaminhamento do paciente obeso grau III ou grau II, com comorbidades, estarão disponíveis no site www.saude.gov.br/sas.

Art. 22 É de responsabilidade dos gestores locais a regulação, o controle e a avaliação dos serviços de saúde, a avaliação da estrutura, a forma e a equipe para atendimento ao indivíduo com obesidade, bem como a garantia da qualidade dos serviços.

Art. 23 Caberá aos gestores locais estaduais ou municipais realizarem ações de regulação, de controle e de avaliação da atenção à saúde, bem como a conformidade entre os procedimentos realizados e seus ressarcimentos.

Art. 24 Fica estabelecido que os recursos orçamentários, de que trata esta Portaria, correrão por conta do orçamento do Ministério da Saúde, devendo onerar o Programa de Trabalho 10.302.1220.8585

- Atenção à Saúde da População para Procedimentos de Média e Alta Complexidade.

Art. 25 Caberá à Secretaria de Atenção à Saúde, por meio da Coordenação-Geral de Sistemas de Informação do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas - CGSI/DRAC/SAS/MS, adotar as providências necessárias junto ao Departamento de Informática do SUS

- DATASUS/SGEP/MS, para o cumprimento do disposto nesta Portaria.

Art. 26 Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos financeiros a partir da competência seguinte à sua publicação.

Art. 27 Ficam revogadas as Portarias nº 492/SAS/MS, de 31 de agosto de 2007; Portaria nº 493/SAS/MS, de 31 de agosto de 2007; Portaria nº 563/SAS/MS, de 16 de setembro de 2011; e Portaria nº 409/SAS/MS, de 10 de maio de 2012.

ALEXANDRE ROCHA SANTOS PADILHA

ANEXO I

DIRETRIZES GERAIS PARA O TRATAMENTO CIRÚRGICO DA OBESIDADE E ACOMPANHAMENTO

PRÉ E PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA

Ressalta-se que o tratamento cirúrgico é apenas parte do tratamento integral da obesidade, que é prioritariamente baseado na promoção da saúde e no cuidado clínico longitudinal, conforme descrito

nesta portaria. O tratamento cirúrgico é indicado apenas em alguns casos, cujas indicações estão descritas abaixo, portanto é apenas uma ação dentro do todo da linha de cuidado das pessoas com sobrepeso e obesidade.

1. Indicações para cirurgia bariátrica:

a. Indivíduos que apresentem IMC ≥ 35 Kg/m²;

b. Indivíduos que apresentem IMC ≥ 30 Kg/m², com ou sem comorbidades, sem sucesso no tratamento clínico longitudinal realizado, na Atenção Básica e/ou na Atenção Ambulatorial Especializada,

por no mínimo dois anos e que tenham seguido protocolos clínicos;

c. Indivíduos com IMC ≥ 35 kg/m² e com comorbidades, tais como pessoas com alto risco cardiovascular, diabetes mellitus e/ou hipertensão arterial sistêmica, de difícil controle, apneia do sono,

doenças articulares degenerativas, sem sucesso no tratamento clínico longitudinal realizado por no mínimo dois anos e que tenham seguido protocolos clínicos.

Os seguintes critérios devem ser observados:

I. Indivíduos que não responderam ao tratamento clínico longitudinal, que inclui orientação e apoio para mudança de hábitos, realização de dieta, atenção psicológica, prescrição de atividade física e,

se necessário, farmacoterapia, realizado na Atenção Básica e/ ou Atenção Ambulatorial Especializada

por no mínimo dois anos e que tenham seguido protocolos clínicos;

II. Respeitar os limites clínicos de acordo a idade. Nos jovens entre 16 e 18 anos, poderá ser indicado o tratamento cirúrgico naqueles que apresentarem o escore-z maior que +4 na análise do IMC

por idade, porém o tratamento cirúrgico não deve ser realizado antes da consolidação das epífises de crescimento. Portanto, a avaliação clínica do jovem necessita constar em prontuário e deve incluir: a análise da idade óssea e avaliação criteriosa do risco-benefício, realizada por equipe multiprofissional

com participação de dois profissionais médicos especialistas na área. Nos adultos com idade acima de 65

anos, deve ser realizada avaliação individual por equipe multiprofissional, considerando a avaliação criteriosa do risco-benefício, risco cirúrgico, presença de comorbidades, expectativa de vida e benefícios

do emagrecimento;

III. O indivíduo e seus responsáveis devem compreender todos os aspectos do tratamento e assumirem o compromisso com o segmento pós-operatório, que deve ser mantido por tempo a ser determinado pela equipe;

IV. Compromisso consciente do paciente em participar de todas as etapas da programação, com avaliação pré-operatória rigorosa (psicológica, nutricional, clínica, cardiológica, endocrinológica, pulmonar, gastroenterológica, anestésica).

2. Contra indicações para cirurgia bariátrica:

a. Limitação intelectual significativa em pacientes sem suporte familiar adequado;

b. Quadro de transtorno psiquiátrico não controlado, incluindo uso de álcool ou drogas ilícitas; no entanto, quadros psiquiátricos graves sob controle não são contraindicativos obrigatórios à cirurgia;

- c. Doença cardiopulmonar grave e descompensada que influenciem a relação risco-benefício;
- d. Hipertensão portal, com varizes esofagogástricas; doenças imunológicas ou inflamatórias do trato digestivo superior que venham a predispor o indivíduo a sangramento digestivo ou outras condições de risco;
- e. Síndrome de Cushing decorrente de hiperplasia na suprarrenal não tratada e tumores endócrinos.
3. Avaliação para tratamento cirúrgico para obesidade
- A avaliação deve contemplar todos os critérios de indicação e contraindicação do tratamento cirúrgico da obesidade, devendo ser realizada por equipe multiprofissional na Atenção Especializada.
4. Assistência pré e pós-operatória no tratamento cirúrgico da obesidade
- O acompanhamento pré e pós-operatório deve ser realizado pela equipe multiprofissional do Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
- A assistência pré-operatória deve ser realizada em duas fases:

Pré-operatório/Fases	Avaliações
Fase inicial	<p>Avaliação pelo cirurgião, clínico ou endocrinologista, nutricionista, psicólogo, cardiologista, pneumologista e quando necessário pelo psiquiatra, angiologista, gastroenterologista e ginecologista.</p> <p>Indivíduos com IMC ≥ 50 kg/m² recomenda-se perda ponderal de 10 a 20% do sobrepeso no pré-operatório.</p> <p>Reuniões do grupo multiprofissionais, realizadas mensalmente, devem enfatizar a mudança de hábitos com objetivo de informar, orientar e educar para mudanças de hábitos.</p>
Fase secundária	<p>Avaliação do risco cirúrgico</p> <p>Exames pré-operatórios: radiografia simples de tórax, ECG, ultrassonografia de abdomen total, esofagogastroduodenoscopia, hemograma com plaquetas, TP, KTTp, creatinina, sódio, potássio, bilirrubina total e frações, glicemia de jejum, TGO, TGP, GGT, ácido úrico, cálcio iônico, clórestos, ferro sérico, fosfatase alcalina, glicose em jejum, uréia, magnésio, potássio, T4, TSH, colesterol total, HDL, triglicérides, glicose pós-dextrosol, insulina, hemoglobina glicosilada, (sorologias para hepatite B, C e HIV, espirometria, ferritina, vitamina B12, 25 (OH) vitamina D3).</p>

Assistência pós-operatória deve ser realizada da seguinte forma:

A assistência pós-operatória no tratamento cirúrgico da obesidade grau III e grau II com comorbidades deve garantir a continuidade do tratamento por equipe multiprofissional até 18 meses. No primeiro ano pós-operatório, diante da perda de peso mais relevante e aguda, o acompanhamento deverá ser mais frequente, conforme descrito no quadro abaixo:

CONSULTAS DE ACOMPANHAMENTO NO PERÍODO PÓS-OPERATÓRIO E EXAMES PÓS-OPERATÓRIOS
Entre 15 a 30 dias (1º mês)
Consulta com cirurgião e nutricionista.
No 2º mês
Consulta com cirurgião, nutricionista e psicólogo.
Exames pós-operatórios.
No 3º mês
Consulta com clínico, psicólogo e nutricionista.
No 4º mês
Consulta com clínico, nutricionista e psicólogo.
No 6º mês
Consulta com cirurgião, nutricionista e psicólogo.
Exames pós-operatórios.
No 9º mês
Consulta com clínico/endocrinologista, nutricionista e psicólogo.
Exames pós-operatórios.
Entre 12º e 15º meses
Consulta com cirurgião, clínico/endocrinologista, nutricionista e psicólogo.
Exames pós-operatórios.
18º mês
Consulta com cirurgião, clínico/endocrinologista, nutricionista e psicólogo.
Exames pós-operatórios.

Os exames pós-operatórios deverão ser realizados de acordo com a periodicidade estabelecida acima, sendo esses: hemograma completo, proteínas totais e frações, zinco, dosagem de cálcio, dosagem

de vitamina B12, folato, dosagem de ferritina, triglicérides, dosagem de 25 hidroxivitamina D, dosagem

de colesterol HDL, dosagem de colesterol LDL, dosagem de colesterol total.

5. Indicações para cirurgia plástica reparadora:

O paciente com aderência ao acompanhamento pós-operatório poderá ser submetido à cirurgia plástica reparadora do abdômen, das mamas e de membros, conforme as orientações para indicação de

cirurgia plástica reparadora pós-cirurgia bariátrica, descritas a seguir:

a. Mamoplastia: incapacidade funcional pela ptose mamária, com desequilíbrio da coluna;

infecções cutâneas de repetição por excesso de pele, como infecções fúngicas e bacterianas; alterações

psicopatológicas devidas à redução de peso (critério psiquiátrico).

b. Abdominoplastia/torsoplastia: incapacidade funcional pelo abdômen em avental e desequilíbrio da coluna; infecções cutâneas de repetição por excesso de pele, como infecções fúngicas e bacterianas; alterações psicopatológicas devidas à redução de peso (critério psiquiátrico).

c. Excesso de pele no braço e coxa: limitação da atividade profissional pelo peso e impossibilidade de movimentação; infecções cutâneas de repetição por excesso de pele, como infecções fúngicas e bacterianas; alterações psicopatológicas devidas à redução de peso (critério psiquiátrico).

Contraindicação da Cirurgia Plástica Reparadora: ausência de redução de peso (falta de aderência ao tratamento).

ANEXO II

NORMAS DE CREDENCIAMENTO/HABILITAÇÃO DO SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA DE ALTA COMPLEXIDADE AO INDIVÍDUO COM OBESIDADE

1. Normas gerais de credenciamento e habilitação:

1.1. Planejamento/Distribuição

As Secretarias de Saúde dos Estados deverão estabelecer um planejamento regional para a organização das linhas de cuidado do sobrepeso e obesidade, definindo as especificidades da assistência

ao indivíduo com obesidade e a distribuição dos serviços habilitados, conforme a necessidade da população e a disponibilidade orçamentária.

1.2. Processo de Credenciamento e Habilitação

1.2.1 - O processo de credenciamento/habilitação deverá ser formalizado pela Secretaria Estadual de Saúde. O respectivo Gestor do SUS, uma vez concluída a análise preconizada, atendida a necessidade e os critérios estratégicos e técnicos para credenciamento/habilitação desta Portaria e seus

anexos, dará início ao processo de credenciamento. A ausência desta avaliação ou da aprovação por parte

dos respectivos Gestores do SUS impede a sequência do processo.

1.2.2 - O processo de credenciamento/habilitação, ao ser formalizado pelo respectivo Gestor do SUS, deverá ser instruído com:

a. Documento de solicitação/aceitação de Credenciamento por parte do estabelecimento de saúde pelo diretor do hospital;

b. Formulário de vistoria, disponível no site www.saude.gov.br/sas, preenchido e assinado, pelos respectivos Gestores do SUS;

c. Parecer conclusivo do respectivo Gestor do SUS - manifestação expressa, firmada pelo Secretário da Saúde, em relação ao credenciamento. No caso de processo formalizado pela

Secretaria

Municipal de Saúde, este deverá constar, além do parecer do gestor municipal, o parecer do gestor estadual do SUS, que será responsável pela integração da Linha de Cuidado do Sobrepeso e Obesidade

na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do SUS;

d. Resolução da Comissão Intergestores Bipartite - CIB aprovando o credenciamento, bem como a aprovação da Linha de Cuidado do Sobrepeso e Obesidade, conforme Portaria nº 424/GM/MS, de 19

de março de 2013.

1.2.3 - Uma vez emitido o parecer favorável a respeito do credenciamento pelo (s) gestor (es) do SUS, o processo com a documentação comprobatória ficará na posse do gestor do SUS, disponível

ao Ministério da Saúde para fins de supervisão e auditoria.

1.2.4 - A Secretaria de Estado da Saúde encaminhará à Coordenação-Geral de Média e Alta Complexidade, do Departamento de Atenção Especializada, da Secretaria de Atenção à Saúde/MS (CGMAC/DAE/SAS/MS) os seguintes documentos:

a. Parecer conclusivo do gestor estadual quanto ao credenciamento do Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade;

b. Formulário de vistoria, modelo disponível no site www.saude.gov.br/sas, preenchido e assinado pelo respectivo Gestor do SUS;

c. Relatório de vistoria da VISA local, com parecer conclusivo sobre o credenciamento/habilitação do Serviço em pauta;

d. Resolução da Comissão Intergestores Bipartite - CIB aprovando o credenciamento, bem como a aprovação da Linha de Cuidado do Sobrepeso e Obesidade, conforme a Portaria nº 424/GM/MS, de 19

de março de 2013;

e. Informação sobre o impacto financeiro no custeio do hospital;

f. Titulação do responsável técnico cadastrado no CNES que deve ser médico especialista em cirurgia geral ou cirurgia do aparelho digestivo.

1.2.5 - O Ministério da Saúde avaliará o formulário de vistoria encaminhado pela Secretaria de Estado da Saúde, podendo proceder a vistoria in loco para conceder a habilitação do Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade pelo Ministério da Saúde.

1.2.6 - Caso a avaliação seja favorável a Secretaria de Atenção à Saúde - SAS - tomará as providências para a publicação da habilitação.

2 - Estrutura Assistencial

O estabelecimento de saúde a ser credenciado/habilitado como Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade deve oferecer atendimento especializado e integral em:

a) Diagnóstico e tratamento clínico e cirúrgico;

b) Atendimento de urgência referida nos casos de comorbidades da obesidade, que funcione nas 24 horas, mediante o termo de compromisso firmado com o gestor local do SUS;

c) Atendimento ambulatorial dos obesos, conforme o estabelecido na linha de cuidado regional pelo gestor local e mediante termo de compromisso firmado entre as partes;

d) Internação hospitalar em leitos apropriados para obesos;

e) Salas de cirurgia equipadas para cirurgias bariátricas de obesos e disponibilidade de estrutura para absorver as intercorrências cirúrgicas do pós-operatório;

f) Internação clínica nas intercorrências relativas à obesidade e nas complicações pós-operatórias,

mediante termo de compromisso firmado com o gestor;

g) Cirurgia plástica reparadora pós-cirurgia bariátrica.

h) Reabilitação, suporte e acompanhamento por meio de procedimentos específicos que promovam a melhoria das condições físicas e psicológicas do paciente, no preparo pré-operatório e no seguimento pós-cirúrgico, no sentido da restituição da sua capacidade funcional.

3 - Recursos Humanos:

3.1 - Responsabilidades Técnicas e Equipe de Cirurgia Bariátrica

a) O estabelecimento de saúde para ser credenciado/habilitado como Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade deve contar com serviço de Cirurgia Bariátrica, cujo

responsável técnico deve ser médico especialista em cirurgia geral ou cirurgia do aparelho digestivo,

comprovada por registro dos respectivos Conselhos Federal e Regionais de Medicina;

b) Cada médico responsável técnico só poderá assumir um único estabelecimento credenciado/habilitado pelo Sistema Único de Saúde, devendo este residir no mesmo município onde está situado o estabelecimento habilitado ou em cidade circunvizinha;

c) A equipe de cirurgia bariátrica deve contar com, pelo menos, mais um médico especialista em cirurgia geral ou cirurgia do aparelho digestivo, além do responsável técnico, e contar com número

suficiente de profissionais para a assistência nos leitos habilitados, em ambulatório e para as intercorrências

clínicas e cirúrgicas do pós-operatório.

3.2 - Exigências gerais para o Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade:

3.2.1 - Equipe Mínima:

a) Médico especialista em cirurgia geral ou cirurgia do aparelho digestivo;

b) Nutricionista;

c) Psicólogo ou psiquiatra;

d) Clínico-geral ou endocrinologista.

3.2.2 - Equipe complementar (apoio multiprofissional):

3.2.2.1 A estabelecimento deverá contar, em caráter permanente, com:

a) Equipe médica composta por: clínico geral, cardiologista, pneumologista, endocrinologista, angiologista/cirurgião vascular e cirurgião plástico;

b) Anestesiologista;

c) Enfermagem;

d) Assistente Social,

e) Fisioterapeuta.

4 - Materiais e Equipamentos

O estabelecimento deverá dispor de todos os materiais e equipamentos necessários, em perfeito estado de conservação e funcionamento, para assegurar a qualidade da assistência e possibilitar o diagnóstico, tratamento e acompanhamento médico, de enfermagem, fisioterápico, nutricional e dietético.

Deverá destinar quantitativo de leitos adaptados para obesos, conforme descrito a seguir, tanto para internações clínicas quanto cirúrgicas.

4.1 - Ambulatório:

a) Consultório equipado com cadeira, mesa de exame, cadeiras de rodas adequadas aos obesos e balança antropométrica com capacidade para peso maior que 230 kg;

b) Sala de espera com cadeiras ou bancos adequados aos obesos.

4.2 - Enfermaria:

a) 01 (uma) balança antropométrica com capacidade mínima para peso maior que 230 kg;

b) 02 (dois) aparelhos de pressão com manguito especial;

c) Pelo menos 02 (dois) leitos com as seguintes especificações: cama hospitalar do tipo Fowler especial, acionável por controle eletrônico, para obesos, com capacidade para pacientes com peso maior

que 230 kg (acionável por controle eletrônico), movimento de Trendelenburg (acionável por meio de

motor ou por manivela) e colchão de alta densidade;

- d) 02 (duas) poltronas com capacidade para pacientes com peso maior que 230 kg;
- e) 01 (uma) cadeira de rodas específica para indivíduos obesos com capacidade para pacientes com peso maior que 230 kg;
- f) 01 (uma) maca de transporte com cilindro de oxigênio que suporte paciente com mais 230kg;
- g) Roupas específicas, tais como camisolas e pijamas, adequados para indivíduos obesos.

4.3 - Bloco Cirúrgico:

Deve contar com sala cirúrgica equipada para obesos, com mesa cirúrgica que resista a pesos superiores a 230 kg e suportes que possibilitem a fixação e a mobilidade do paciente, além dos equipamentos descritos a seguir:

- a) Capnógrafo;
- b) Oxímetro de pulso;
- c) Monitor de transporte;
- d) Monitor de pressão não invasiva;
- e) Monitor de pressão invasiva;
- f) 02 (duas) bombas de infusão, no mínimo;
- g) Aparelho de pressão com manguito especial para obesos;
- h) Material de emergência para reanimação cardiorrespiratória;
- i) Afastadores cirúrgicos especiais para operações cirúrgicas de obesos;
- j) Válvulas com lâminas de aço reforçadas, mais longas e largas;
- k) Compressão intermitente para membros inferiores;
- l) Cautério bipolar;
- m) Maca de transferência de paciente obeso.

4.4 - Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) com leitos habilitados pelo SUS, equipados para obesos:

- a) Box ou leito de pós-operatório de Cirurgia Bariátrica adequados aos obesos;
- b) Respiradores volumétricos que suportem volumes e pressões especialmente elevados nos obesos;
- c) Bipap (bi-level Positive Airway Pressure);
- d) Cama do tipo Fowler para obesos conforme especificado no subitem 4.2;
- e) Esfigmomanômetro especial para obesos.

5 - Recursos Auxiliares de Diagnóstico e Terapia:

- a) Laboratório de Análises Clínicas que participe de programa de controle de qualidade;
- b) Posto de coleta no local e resultados disponíveis nas 24 horas: bioquímicos, hematológicos, microbiológicos, gasométricos, de líquidos orgânicos e de urina;
- c) Serviço de Imagenologia: equipamento de radiologia convencional de 500 mA fixo ou superior, equipamento de radiologia portátil, ecodoppler, ecografia e tomografia computadorizada, compatíveis com obesos. Os exames de tomografia computadorizada e ergometria poderão ser realizados em serviços instalados dentro ou fora da estrutura ambulatorio-hospitalar cadastrados como terceiros no CNES.
- d) Eletrocardiografia e ergometria;
- e) Hemoterapia disponível nas 24 horas do dia, por Agência Transfusional (AT) ou estrutura de complexidade maior, conforme legislação vigente;
- f) Farmácia.

6 - Rotinas e Normas de Funcionamento e Atendimento:

O estabelecimento a ser credenciado/habilitado como Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade deve possuir:

- a) Rotinas de funcionamento escritas, atualizadas e assinadas pelo responsável técnico pelo serviço de cirurgia bariátrica, que devem abordar todos os processos complementares envolvidos na assistência aos indivíduos com obesidade;
 - b) Protocolos nutricionais;
-

- c) Protocolos de acompanhamento fisioterápico, com reabilitação funcional;
- d) Protocolo de suporte psicológico/psiquiátrico;
- e) Formulários de avaliações e acompanhamento disponíveis no site www.saude.gov.br/dae/sas;
- f) Escala dos profissionais em sobreaviso, das referências interinstitucionais e dos serviços terceirizados.

7 - Registro das informações sobre os indivíduos:

Deve possuir prontuário para cada paciente abordando o atendimento ambulatorial e hospitalar que contenha as informações completas do quadro clínico e sua evolução, todas devidamente escritas de

forma clara e precisa, datadas e assinadas pelo profissional responsável pelo respectivo atendimento (identificação do paciente, anamnese e exame físico, técnica cirúrgica, condições ou sumário da alta hospitalar). Os formulários disponíveis no www.saude.gov.br/dae/sas devem estar inseridos no prontuário

do paciente para eventuais auditorias.

8 - Comissões

Para ser credenciado/habilitado como Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade o estabelecimento deve estar em funcionamento, devidamente documentado por atas ou documentos afins, as comissões exigidas pelo Ministério da Saúde, Secretarias de Saúde e Conselhos Federal e Regional de Medicina.

ANEXO III

**PROCEDIMENTOS PARA O TRATAMENTO CIRÚRGICO DA OBESIDADE NA TABELA
DE PROCEDIMENTOS, MEDICAMENTOS E OPM DO SUS**

Procedimento: 04.07.01.012-2	GASTRECTOMIA COM OU SEM DESVIO DUODENAL
Descrição:	Procedimento predominantemente disabsortivo, na técnica de Scopinaro sendo realizada gastrectomia distal (corte horizontal), sem preservação do piloro (o antro, é removido), colecistectomia e reconstrução em alça longa com anastomose em Y de Roux com um curto canal alimentar de 50 cm. Na técnica de Duodenal Switch a porção removida do estômago é a grande curvatura e é preservada a primeira porção do duodeno (parte inicial do intestino delgado) que é anastomosada ao íleo.
Valor Profissional SP:	R\$ 2.000,00
Valor Hospitalar SH:	R\$ 2.350,00
Total Hospitalar:	R\$ 4.350,00
Atributo Complementar:	017-Exige informação da OPM
Idade Mínima:	16 anos
Idade Máxima:	110 anos
Média Permanência:	4
CBO:	2252-20 - Médico cirurgião do aparelho digestivo, 2252-25 - Médico cirurgião-geral
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Serviço Classificação	127-Serviço de Atenção à Obesidade - 001- Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.07.01.036-0	GASTRECTOMIA VERTICAL EM MANGA (SLEEVE)
Descrição	Gastrectomia vertical (gastrectomia em manga, gastrectomia longitudinal, gastrectomia Sleeve) é um procedimento restritivo que consiste na ressecção da grande curvatura do estômago, iniciando a partir de 4 a 6 cm do piloro até o ângulo esofagogástrico, deixando o reservatório novo com formato tubular e alongado de volume entre 150 e 200 ml.
Complexidade:	AC- Alta Complexidade
Modalidade:	02-Hospitalar
Instrumento de Registro:	03-AIH (Proc. Principal)
Tipo de Financiamento:	04-Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC)
Valor Profissional SP:	R\$ 1.745,00
Valor Hospitalar SH:	R\$ 2.350,00
Total Hospitalar:	R\$ 4095,00
Atributo Complementar:	001-Inclui valor da anestesia, 004-Admite permanência à maior-006-CNRAC, 017-Exige Informação da OPM
Sexo:	Ambos
Idade Mínima:	16 anos
Idade Máxima:	110 anos
Média Permanência:	4
Quantidade Máxima:	1
Pontos:	386
CBO:	2252-20 - Médico cirurgião do aparelho digestivo, 2252-25 - Médico cirurgião geral
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.02 - Unidade de Assistência de Alta Complexidade ao Paciente Portador de Obesidade Grave. 02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Especialidade do Leito:	01 - Leito Cirúrgico
Serviço Classificação	127-Serviço de Atenção à Obesidade - 001- Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.07.01.017-3	GASTROPLASTIA COM DERIVAÇÃO INTESTINAL
Descrição	Procedimento com componente restritivo e disabsortivo, que consiste em grameamento com transecção do estômago, criando uma pequena câmara gástrica, na qual se pode colocar ou não anel de silicone e a seguir o trânsito gastrointestinal é reconstituído em Y de Roux.
Valor Profissional SP:	R\$ 2.000,00
Valor Hospitalar SH:	R\$ 2.350,00
Total Hospitalar:	R\$ 4.350,00
Atributo Complementar:	017-Exige Informação da OPM
Idade Mínima:	16 anos

Idade Máxima:	110 anos
Media Permanência:	4
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
CBO:	2252-20 - Médico cirurgião do aparelho digestivo, 2252-25 - Médico cirurgião geral
Habilitação:	02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Serviço/Classificação	127-Serviço de Atenção à Obesidade - 001- Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.07.01.018-1	GASTROPLASTIA VERTICAL COM BANDA
Descrição	Cria-se uma pequena bolsa de cerca de 20 ml imediatamente abaixo da junção esofagogastrica. A passagem dessa bolsa para o restante do estômago é limitada por um anel polipropileno, com diâmetro intraluminal de cerca de 1,2 cm.
Valor Profissional SP:	R\$ 1.500,00
Valor Hospitalar SH:	R\$ 2.350,00
Total Hospitalar:	R\$ 3.850,00
Atributo Complementar:	017-Exige Informação da OPM
Idade Mínima:	16 anos
Idade Máxima:	110 anos
Media Permanência:	4
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
CBO:	2252-20 - Médico cirurgião do aparelho digestivo, 2252-25 - Médico cirurgião-geral
Habilitação:	02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Serviço/Classificação	127-Serviço de Atenção à Obesidade - 001- Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 07.02.03.004-0	CARGA PARA GRAMPEADOR LINEAR CORTANTE
Quantidade Máxima:	03

Procedimento: 03.03.07.013-7	TRATAMENTO DE INTERCORRENCIA CLÍNICA PÓS - CIRURGIA BARIÁTRICA
Descrição	Consiste na internação do paciente com intercorrências clínicas nos primeiros 30 dias pós-cirurgia bariátrica. O valor deste procedimento não inclui diária de Unidade de Tratamento Intensivo.
Complexidade:	AC - Alta Complexidade
Modalidade:	02-Hospitalar
Instrumento de Registro:	03-AIH principal
Tipo de Financiamento:	04-Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC)
Valor Profissional SP:	R\$ 50,00
Valor Hospitalar SH:	R\$ 272,00
Total Hospitalar:	R\$ 322,00
Atributo Complementar:	004-Admite permanência à maior
Sexo:	Ambos
Idade Mínima:	16 anos
Idade Máxima:	110 anos
Media Permanência:	3
Quantidade Máxima:	1
CBO:	2251-20 - Médico cardiologista, 2251-25 - Médico clínico, 2251-33 - Médico psiquiatra, 2251-55 - Médico endócrino, 2252-20 - Médico cirurgião do aparelho digestivo, 2252-25 - Médico cirurgião geral, 2251-27 - Médico pneumologista
CID:	K81.1, K81.9, K85, A49.0, A49.9, E10, E10.0, E10.1, E11, E11.0, E11.1, I26, I74, I82.8, I82.9, J15.8, J15.9, K805, L02.2, L02.8, L08.9, M54.5, N30.0, N39.0, R074, T80.0, T80.1, T80.2, T81.0, T81.4
Habilitação:	02.02 - Unidade de Alta Complexidade ao Paciente Portador de Obesidade. 02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Especialidade do Leito:	01 - Leito Clínico
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.07.01.037-8	TRATAMENTO DE INTERCORRÊNCIA CIRÚRGICA PÓS -CIRURGIA BARIÁTRICA
Descrição	Consiste na internação do paciente com intercorrências cirúrgicas nos primeiros 30 dias pós-cirurgia bariátrica. Não inclui as diárias de Unidade de Tratamento Intensivo.
Complexidade:	AC - Alta Complexidade
Modalidade:	02-Hospitalar
Instrumento de Registro:	03-AIH principal.
Tipo de Financiamento:	04-Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC)
Valor Profissional SP:	R\$ 183.00
Valor Hospitalar SH:	R\$ 792.00
Total Hospitalar:	R\$ 976.00
Atributo Complementar:	Admite permanência à maior
Sexo:	Ambos
Idade Mínima:	16 anos
Idade Máxima:	110 anos
Media Permanência:	5
Quantidade Máxima:	1
Pontos:	200
CBO:	2252-20 - Médico cirurgião do aparelho digestivo; 2252-25 - Médico cirurgião geral.
CID:	R10, R19.0, R19.3, R85, R85.0, K46.9, T81.3, K91.3, K31.0, K25.9, K26.9, K55.9, K56, K56.1, K56.2, K56.3, K56.4, K56.5, K56.6, K63, K65.0, K93.8, K80.0, K80.8.

Habilitação:	02.02 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Paciente Portador de Obesidade Grave. 02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Especialidade do Leito:	01 - Leito cirúrgico
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 03.01.12.006-4	ACOMPANHAMENTO DE PACIENTE PRÉ-CIRURGIA BARIÁTRICA POR EQUIPE MULTIPROFISSIONAL
Descrição	Consiste na realização de acompanhamento multiprofissional pré-tratamento cirúrgico da obesidade.
Complexidade:	AC - Alta Complexidade
Modalidade:	02-Hospitalar
Instrumento de Registro:	APAC (Única)
Tipo de Financiamento:	04-Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC)
Valor Profissional SP:	00
Valor Ambulatorial:	R\$ 40.00
Total Ambulatorial:	R\$ 40.00
Atributo Complementar:	Exige registro na APAC de dados complementares
Sexo:	Ambos
Idade Mínima:	16
Idade Máxima:	110 anos
Quantidade Máxima:	01
Atributo complementar:	Exige informação do Cartão Nacional SUS.
CBO:	2237-10 - Nutricionista; 2515-10 - Psicólogo; 2251-25-Médico clínico; 2251-33 - Médico psiquiatra; 2251-55 - Médico endócrino; 2252- 20 - Médico cirurgião do aparelho digestivo; 2252-25 - Médico cirurgião geral.
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 03.01.12.005-6	ACOMPANHAMENTO DE PACIENTE PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA POR EQUIPE MULTIPROFISSIONAL
Descrição:	Consiste na realização de acompanhamento multiprofissional após o tratamento cirúrgico da obesidade. Consiste no atendimento por equipe multiprofissional pós-cirurgia bariátrica, realizado durante o período de 18 (dezoito) meses, correspondendo a um atendimento no 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 9º, 12º e 18º meses.
Complexidade:	Alta complexidade
Modalidade:	Ambulatorial
Instrumento de Registro:	APAC (Proc. Principal)
Tipo de Financiamento:	Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC)
Valor Profissional SP:	00
Valor Ambulatorial:	R\$ 40,00
Total Ambulatorial:	R\$ 40,00
Atributo Complementar:	Admite APAC de Continuidade/ Exige registro na APAC de dados complementares
Sexo:	Ambos
Idade Mínima:	16
Idade Máxima:	110
Quantidade Máxima:	01
CBO:	2237-10 - Nutricionista; 2515-10 - Psicólogo; 2236-05 - Fisioterapeuta; 2251-25 - Médico clínico; 2251-33 - Médico psiquiatra; 2251-55 - Médico endócrino; 2252-20 - Médico cirurgião do aparelho digestivo; 2252-25 - Médico cirurgião geral; 2251-20 - Médico cardiologista.
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.02 - Unidade de Alta Complexidade ao Paciente Portador de Obesidade 02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.13.04.005-4	DERMOLIPECTOMIA ABDOMINAL PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo Portador de Obesidade.
Especialidade do Leito:	01 - Leito Cirúrgico
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.13.04.026-7	DERMOLIPECTOMIA ABDOMINAL CIRCUNFERENCIAL PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA
Descrição	Cirurgia plástica reconstrutiva do abdome e da região posterior do tronco, realizados em um único ato cirúrgico, para correção dos excessos de pele pós-grandes perdas ponderais decorrente de cirurgias bariátricas.
Complexidade:	AC - Alta Complexidade
Modalidade:	02-Hospitalar
Instrumento de Registro:	03-AIH (Proc. Principal)
Tipo de Financiamento:	04-Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC)
Valor Profissional SP:	R\$ 550,00

Valor Hospitalar SH:	R\$ 502,20
Total Hospitalar:	R\$ 1052,20
Atributo Complementar:	Inclui valor da anestesia/Admite permanência à maior/CNRAC
Sexo:	Ambos
Idade Mínima:	18 anos
Idade Máxima:	110 anos
Media Permanência:	2
Quantidade Máxima:	1
Pontos:	250
CBO:	225235 - Médico cirurgião plástico
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.02 - Serviço de Alta Complexidade ao Paciente Portador de Obesidade. 02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Especialidade do Leito:	01 - Leito Cirúrgico
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.13.04.007-0	DERMOLIPECTOMIA CRURAL PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.13.04.006-2	DERMOLIPECTOMIA BRAQUIAL PÓS-BARIÁTRICA
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.13.04.008-9	MAMOPLASTIA PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.

Procedimento: 04.15.02.001-8	PROCEDIMENTOS SEQUENCIAIS DE CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA
CID:	E66.0, E66.2, E66.8, E66.9
Habilitação:	02.03 - Serviço de Assistência de Alta Complexidade ao Indivíduo com Obesidade.
Serviço/Classificação	127- Serviço de Atenção à Obesidade - 001 Tratamento clínico, cirúrgico, reparador e acompanhamento ao paciente com obesidade.