

IATROGENIA – MODALIDADE CULPOSA OU EXCLUDENTE DE ILICITUDE

*Arsenio Sales Peres**

*César Lopes Júnior***

*Magali de Lourdes Caldana****

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Ilícito civil; 3. Culpa; 4. Excludentes do ilícito civil; 5. Discussão; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

1. Introdução

Há muito o Direito Brasileiro trata de forma objetiva temas como o das excludentes de ilicitude e da culpa. Contudo, pode-se dizer no tangente a um tratamento jurídico aprofundado da responsabilidade médica e odontológica que estamos “fritando pernas”, isto é, tal e qual a medicina há dezenas de anos atrás, sem conseguir conter uma hemorragia da artéria femoral, a não ser de forma medieval, completamente desprovida de justificação científica, fritando a perna do paciente. Em especial por terem as ciências da saúde como objeto de trabalho e reparação ou manutenção da saúde, a vida dos seres humanos e também por seus inúmeros e complexos procedimentos que escapam ao entendimento do mais experiente jurista. Tal fenômeno cria diversas áreas nebulosas que dificultam o trabalho de cirurgiões-dentistas, médicos e operadores do direito quando diante de questões próprias da responsabilidade civil odontológica e médica.

A iatrogenia é, sem sombra de dúvida, uma destas áreas, sem uma definição exata, observada por muitos como simples modalidade culposa equiparável à negligência, imperícia e imprudência; confundida com o erro odontológico e médico. Erro não é e não pode ser entendido como sinônimo de iatrogenia, sob pena de banalizar a diversidade do ser humano como um todo quando tratado biologicamente, haja vista que a saúde como ciência é dependente da variabilidade inerente de cada ser humano.

Iatrogenia pode ser entendida como a ação do profissional de saúde que busca fazer o bem, mas termina por produzir efeito danoso.

* Professor Livre Docente da Faculdade de Odontologia de Bauri, Universidade de São Paulo – FOB/USP, responsável pela disciplina de Deontologia e Odontologia Legal.

** Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Responsabilidade Civil Odontológica. Advogado. Aluno de pós-graduação (atualização) em “Perícias forenses em odontologia” – FOB/USP.

*** Professora Doutora do Curso de Fonoaudiologia – FOB/USP.

A palavra iatrogenia tem etimologia nas palavras gregas *iatros* (médico) e *genea* (origem), podendo ser entendida com qualquer alteração para pior na saúde do paciente decorrente de diagnóstico ou tratamento.

Apesar de assunto assaz debatido na literatura científica, segue sendo componente de uma disputa doutrinária que certamente merece grande atenção, vez que, ao falar de iatrogenia se está tratando de decidir sobre a possibilidade ou não de atribuir culpa ao profissional que, em regra, não possuindo outro mecanismo para tratar seu paciente, emprega a melhor técnica buscando uma melhora no estado de saúde daquele, mas lhe causa dano. De modo simplista pode-se dizer tratar-se de circunstância fática da responsabilidade civil, pois vê-se conduta voluntária, dano injusto e nexos causal entre ambos.

Todavia um outro elemento certamente nos fará repensar este conceito, a freqüente impossibilidade de outra qualquer atuação por parte do profissional de saúde, isto é, referido profissional não tem saída, deve submeter o paciente a um tratamento, vez que o risco será maior não o fazendo. Deste modo torna-se factível a equiparação da iatrogenia a uma excludente de ilicitude. DINIZ (2003), observa ser bastante difícil a caracterização dos pressupostos da responsabilidade civil, face a grande imprecisão doutrinária.

É importante ressaltar TRAVASSOS e SALES PERES, em citação de SALES PERES (1997), quando chamam atenção ao perigo dos profissionais de saúde mascararem seus erros utilizando o termo iatrogenia como desculpa para não reconhecer sua obrigatoriedade de reparação ao eminente dano de seu paciente.

Reportar-se ao erro profissional significa, obrigatoriamente, ter de provar a negligência, imprudência ou imperícia. Ao se falar em iatrogenia, não, o profissional pode ser experimentado, *expert*, tomado todos cuidados clínicos e para-clínicos, ter avaliado seu paciente adequadamente no pré-operatório e acompanhá-lo em proservação com toda cautela no pós-operatório, no entanto, não lhe garante o sucesso integral, pois algo inesperado pode surgir ou ocorrer pela imprevisibilidade biológica.

2. Ilícito civil

De forma ampla pode-se dizer que ato ilícito, em especial o ilícito civil caracteriza-se pelo descumprimento de um dever jurídico contratual ou extracontratual que provoque dano a outrem. VENOSA (2003) afirma serem atos ilícitos aqueles que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos contrários ao ordenamento jurídico. Saliencia o mesmo autor que o ato de vontade, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude.

PEREIRA (2005) citando CLÓVIS BEVILAQUA informa ser o ilícito civil um atentado contra o interesse privado de outrem.

NUNES (1999) ensina serem atos jurídicos ilícitos aqueles que infringem normas legais instituídas, gerando relação jurídica independentemente da vontade do agente.

GUSMÃO (2001) observa que o ato ilícito civil consiste no descumprimento de dever legal ou de obrigação contratual gerando a obrigação de indenizar, contudo, somente há ilícito civil se ocorrer dano à pessoa ou a seus bens. Segue referindo-se ao ilícito civil como fonte de responsabilidade civil, esta embasada na culpa, decorrente de negligência, imperícia, falha técnica, imprudência.

DINIZ (2005) conceitua ato ilícito como sendo aquele praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, causando dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo, seja ele moral ou patrimonial. Produz, portanto, efeito jurídico imposto ao agente pela lei.

Do conceito de ato ilícito pode-se enunciar a noção fundamental da responsabilidade civil (PEREIRA, 2000). Seguindo este raciocínio GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2003), entendem que, de fato a caracterização da responsabilidade civil, isto é, a imposição do dever de indenizar depende da atuação lesiva contrária ao direito, ilícita ou antijurídica.

GONÇALVES (2003) salienta que o conceito de ato ilícito descrito no artigo 156 do revogado Código Civil de 1916, dizia: “violar direito ou causar dano a outrem”, fora atualizado pela redação do artigo 186 do Código Civil vigente em que se lê: “violar direito e causar dano”. Desta forma, conclui que a responsabilidade é uma reação à violação de um dever jurídico. Vale salientar que apesar de ser a violação do direito requisito para a responsabilização, a ocorrência desta sem a verificação do dano, por si só, não enseja a responsabilização.

Claramente vê-se que a caracterização da responsabilidade civil depende da ocorrência do ilícito civil, ou seja, difícil ou até mesmo impossível que se tenha responsabilização civil, e assim dever de reparar ou indenizar, sem que o dano derive de conduta contrária ao disciplinado pelo direito, sem que haja descumprimento de dever jurídico contratual ou extracontratual, pois não há ilícito civil sem violação de um direito e ocorrência de um dano.

3. Culpa

A culpa em sentido amplo inclui a culpa propriamente dita e o dolo que é o estado de vontade daquele que, deseja com sua conduta um resultado danoso. Porém, no tangente à prestação de serviços de saúde parece-nos absolutamente desnecessário o estudo do ilícito doloso, em especial quanto às iatrogenias, vez que estas somente se caracterizam em circunstâncias especiais em que o dano ocorrido é imprevisível e inevitável, isto é, indiscutivelmente observam-se em situações sequer culposas, quicá dolosas.

Por culpa em sentido estrito entende-se o estado de vontade daquele que não quer produzir dano, mas mantém conduta imprópria, dando causa ao referido ou não evitando que esta ocorra. NADER (2003) ensina ser a culpa elemento subjetivo referente ao *animus* do agente, e a responsabilidade decorrente de ato culposo deriva da conduta imprópria do agente que, podendo evitar a ocorrência do fato, que é previsível, não o faz.

NUNES (1999) diz ser a culpa caracterizada pela execução de ato danoso por negligência, imprudência ou imperícia, sendo o negligente aquele que causa dano por omissão, o imprudente o que causa dano por ação e o imperito o profissional que não age com o cuidado que dele se espera.

Para GONÇALVES (2003), a culpa, com efeito, consiste na falta de diligência que se exige do homem médio.

PEREIRA (2005) citando SAVATIER, diz ser mesmo a culpa, definível como quebra do dever a que alguém está adstrito, que assenta o fundamento primário da reparação.

RODRIGUES (2002) ao tratar a responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas, resalta que a responsabilização destes profissionais depende de prova de que os mesmos afastaram-se de sua profissão ou arte, agindo com imprudência, imperícia ou negligência.

Neste sentido pode-se perceber que também este outro elemento base para a reparação cível que é a culpa não se faz presente nas circunstâncias iatrogênicas, vez que, o médico ou cirurgião-dentista ao se depararem com uma iatrogenia, não deram causa ao dano por imprudência, imperícia, negligência ou qualquer outra modalidade culposa, pois tais institutos requerem que o dano seja evitável, o que não ocorre em nenhuma iatrogenia.

Tomemos por base a iatrogenia clássica da odontologia denominada parestesia, em que o paciente após cirurgia perde sensibilidade em determinadas partes da boca por resvalou ou secção de alguma terminação nervosa. Ora, cada indivíduo tem uma anatomia com particularidades o que impede absolutamente que o profissional preveja com exatidão os locais em que pode cortar sem causar parestesia, logo é absolutamente inevitável.

4. Excludentes do ilícito civil

Por excludentes de ilicitude entendem-se os fatos que afastam a caracterização do ilícito, por conseguinte também a obrigação de reparar o dano, mesmo que presentes os elementos da responsabilidade civil que são: conduta voluntária, nexos causal e dano injusto.

DINIZ (2005) afirma que há casos excepcionais não constitutivos de atos ilícitos apesar de causarem lesões aos direitos de outrem; todos os elementos estão presentes, o dano, o nexos causal entre a ação do agente e o prejuízo causado. Todavia a conduta lesiva do agente, por previsão legal, não acarreta o dever de indenizar, não é observado como ilícito.

ROMANELLO NETO (1998), citando KIRMSER, enumera como causas extintivas da responsabilidade do médico a iatrogenia, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito, dentre outras.

O Direito Brasileiro sempre preconizou ser a forma ideal de resolução de quaisquer conflitos a ida até o poder judiciário. Porém, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO(2003) en-

tendem sejam excludentes de responsabilidade as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexos causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.

5. Discussão

Nos termos do artigo 927 do Código Civil Brasileiro vigente, aqueles que por ato ilícito causarem danos a outrem ficam obrigados a indenizar. Já o parágrafo único deste mesmo artigo adverte para a possibilidade de haver obrigação de reparar o dano, ainda que não haja culpa em casos especificamente determinados por lei, ou quando a atividade desenvolvida por quem causou o dano implica risco aos direitos de outrem. Porém, a Lei 8.078 de 1990, conhecido como Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º, determina que em se tratando de responsabilidade de profissionais liberais é necessária a apuração da culpa. Reforça esta idéia RODRIGUES (2003) ao afirmar que a inexistência de culpa torna incabível a ação de indenização.

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2003) entendem que o advento do Código Civil de 2002 não fez com que o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor perdesse vigência, por força do princípio da especialidade, assim, a responsabilidade civil dos profissionais liberais depende da verificação da culpa, tendo natureza subjetiva.

Pois bem, a culpa em sentido amplo, é elemento do ilícito, portanto caracterizado por conduta culposa ou dolosa. Quando culposa (culpa em sentido estrito) a conduta dá-se por negligência, imprudência ou imperícia. Também se pode observar, nos termos do artigo 927 supramencionado, que do ilícito surge a responsabilidade civil.

Assim, em se tratando de iatrogenia, circunstância em que o profissional de saúde age empregando técnica ou terapia insubstituível, buscando a melhora do estado de saúde do paciente, empregando todos os seus conhecimentos, mas termina por produzir dano absolutamente inevitável, não é coerente que, sem tratar-se de ilícito, e ausente a culpabilidade, tenha tal circunstância ignorada a sua especialidade e seja observada como mera modalidade culposa.

6. Conclusões

Sabe-se que o Direito, ou nas palavras de TELLES JÚNIOR (2001) a disciplina da convivência, tarda em acompanhar as inovações sociais. Em verdade isto é necessário, pois a segurança jurídica estaria em constante perigo se a legislação fosse modificada a cada instante.

Não obstante, juristas, operadores e estudantes de direito devem sempre estar preocupados em discutir, debater temas controvertidos como este em baila: a iatrogenia. Iatrogenia é sim um termo muito mais comum aos profissionais de saúde do que aqueles que vivenciam o mundo jurídico, porém as inúmeras circunstâncias e detalhes que compõem o a responsabilidade civil médica e odontológica nos obrigam a entender e classificar o mesmo.

Talvez a iatrogenia mereça uma classificação jurídica especial por não se encaixar perfeitamente ao universo das excludentes de ilicitude, mas inegável é o fato de que iatrogenia não é modalidade culposa, não possui elementos característicos do ilícito, e, portanto, não podem as situações iatrogênicas levar a culpabilidade de cirurgiões-dentistas e médicos como se fossem negligências, imprudências ou imperícias.

Quanto à reparação do dano iatrogênico, faz-se necessário lembrar que em regra a conduta dos profissionais de saúde diante destas circunstâncias especiais é a de tentar na medida do possível reparar o referido, de modo a dar ao paciente respaldo diante do dano sofrido. Também não se pode olvidar que as orientações antes de qualquer tratamento devem incluir explicações quanto à possibilidade de ocorrência de iatrogenia e sua total inevitabilidade.

Por fim deve-se dar maior atenção ao tema iatrogenia, para que profissionais de saúde e pacientes tenham tranqüilidade e segurança ao lidar com tal circunstância, evitando a falsa impressão de culpa, de ilícito de dano provocado intencionalmente.

7. Bibliografia

- DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1º Volume, 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 7º Volume, 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil*. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 30ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001.
- NADER, P. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NUNES, L. A.R. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva. 1999.
- PEREIRA, C. M. S. *Instituições de Direito Civil*. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Responsabilidade Civil*. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RODRIGUES, S. *Direito Civil*. Volume 1. 34ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Direito Civil*. Volume 4. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROMANELLO NETO, J. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

SALES PERES, A. *Perícia de Convênio Odontológico*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Odontologia da USP, 1997.

TELLES JÚNIOR, G. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VENOSA, S. de S. *Direito Civil*. Volume VI, 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

