

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO NA AVALIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Hildegard Taggesel GIOSTRI

Sumário: 1. Introdução. 2. As obrigações de meio e de resultado. 3. Crítica e diferenciação. 4. Perquirição da culpa. 5. Sobre a diligência. 6. A diligência como critério de imputabilidade. 7. Casos de exceção: obrigação de resultado. 8. Casos de exclusão da responsabilidade médica. 9. Caso fortuito. 10. Força maior. 11. Culpa exclusiva da vítima (paciente). 12. Fato de terceiros. 13. Fato das coisas. 14. Referências bibliográficas.

Resumo: A responsabilidade médica é do tipo subjetivo e está assente na noção de culpa. Esta tem que ser claramente comprovada, não cabendo presunção de culpa. O uso da obrigação de resultado torna-se inadequado para caracterizar a obrigação do médico, uma vez que a Medicina é uma arte conjectural e não uma ciência exata, sendo o corpo humano o domínio da subjetividade e o reino da imprevisibilidade.

Abstract: The medical responsibility is subjective and has his basis on the notion of fault. This has to be comproved in a very clear way, presumption of fault is not accetable. The use of the obligation of result becamnes inappropriate in order to characterize the medical's obligation, since that the Medicine is a conjectural art and not a exact science, being the human body a subjectivity domain and the kingdom of unpredictable.

Palavras-chave: Obrigação. Responsabilidade. Meio e resultado. Culpa. Imputabilidade. Excludências.

Key-words: *Obligations. Responsabiity. Means and result. Fault. Imputability. Exclusions.*

¹ Advogada, Bioquímica, Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR, Doutora pela mesma Universidade, Pós-graduada em Filosofia e Língua Portuguesa pela PUC/PR.

1. Introdução

O vocábulo obrigação, derivado do latim (*obligatio*), refere-se a um instituto do Direito Romano e tinha o sentido de um vínculo de direito que ligava, necessariamente, alguém a outrem, para solver algo dentro das conformidades do direito civil. (Cf. BITTAR, 1990, p. 9)

Uma melhor compreensão de tal elemento pode, ainda, ser haurida a partir da análise da abrangência etimológica do vocábulo *obligatio*: *Ob* - preposição: por causa de, diante de, para, por. *Ligo* - verbo transitivo: ligar, enfaixar, atar, amarrar. Da junção das duas palavras tem-se *obligo* - verbo transitivo, que quer dizer ligar, atar, obrigar.

Sabe-se que a finalidade de uma obrigação é a realização de uma prestação, à qual se comprometeu o devedor, por meio de uma relação originária. O inadimplemento dessa obrigação leva, à sujeição, o patrimônio do devedor para ressarcimento do credor.

O art. 397 do CC português abriga em seu bojo o próprio conceito de obrigação: “*Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com a outra à realização de uma prestação*”.

Clóvis Beviláqua propôs uma definição bastante abrangente que informa:

Obrigação é a relação transitória que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós esta prestação. (1994, § 1º)

Genericamente, pois, pode-se entender que obrigação é vínculo; é um algo que passa a existir, temporariamente, ligando alguém a outrem. Se existem prestações obrigacionais as mais várias, as que aqui nos vão interessar dizem respeito ao vínculo que une o médico a seu paciente, e vice versa. Portanto, está-se a falar das obrigações quanto ao seu conteúdo, quais sejam, as de *meio* e as de *resultado*.

2. As obrigações de meio e de resultado

Na década de vinte, o jurista francês René Demogue propôs classificar as obrigações - quando em função de seu objeto ou conteúdo - em duas categorias, a saber: *obrigação de meio* e *obrigação de resultado*.

Por óbvio, a idéia original não era sua, haja vista que as raízes desta

dicotomia vêm desde o Direito Romano. De igual maneira, a própria doutrina germânica, no século XIX, já oferecia de forma explícita a diferenciação entre aqueles dois tipos de obrigações².

Em uma prestação obrigacional caracterizada por uma *obrigação de meio*, o devedor se comprometeria a empregar todos os meios apropriados para a obtenção de um determinado resultado sem, contudo, se vincular a obtê-lo.

Esse tipo de obrigação serve para caracterizar o trabalho do médico pois, neste caso específico, entende-se que o profissional se propõe a cuidar do doente, mas sem estar vinculado à sua cura. Bem assim o advogado, que defende seu cliente, mas sem se comprometer a sair vitorioso da lide.

Por outro lado, em uma prestação obrigacional, na qual estivesse inserida uma *obrigação de resultado*, o devedor se obrigaria - por determinado ato ou procedimento - a atingir um resultado preciso, adremente avençado entre as partes. Exemplos desse tipo de prestação: fornecer determinada mercadoria; efetuar um transporte; pagar uma soma em dinheiro. Ou seja, pela obrigação de resultado - característica do tipo de prestação obrigacional inserida nos contratos de transporte -, obriga-se o responsável a conduzir o passageiro, são e salvo, do ponto de embarque até o seu destino final.

Um dos pressupostos desta categoria de obrigação é o fato de ser exigido um resultado útil para o credor, não se tendo a obrigação por adimplida se o pactuado não for atingido. Conclui-se, então, que a verificação material do inadimplemento seria razão bastante e suficiente para determinar a responsabilidade do devedor.

Destarte, para pleitear-se uma indenização bastaria apenas evidenciar que o resultado esperado não foi atingido, *exonerando-se o agente* somente pela ocorrência de *caso fortuito ou força maior*, cabendo, ainda, ao devedor o *ônus da prova*, outras duas características daquele tipo de obrigação.

Na *obrigação de meio*, por sua vez, o devedor obrigar-se-ia a empregar toda a sua diligência e a conduzir-se com prudência, no intuito de atingir a meta previamente proposta, sem estar vinculado ao êxito de seu empreendimento. Em ocorrendo um dano, ficaria o ônus da prova para quem daquele prejuízo estava a se queixar.

Esta obrigação prevê um tipo de comportamento qualificado para a obtenção de um certo grau de conveniência ou utilidade - que é seu fim - mas, cuja realização não está, por si mesma, inserida na órbita da relação obrigacional.

² Nos escritos de BERNHOEFT encontra-se o seguinte registro: “Toda relação de obrigação implica numa vontade do devedor na direção de um certo resultado. Assim, a relação pode ser de tal natureza que o devedor é obrigado simplesmente a fazer o que está em seu poder para conseguir o resultado, e com isso é liberado, independentemente do conseqüimento efetivo do escopo. Ou, então, tem-se em vista o resultado em si mesmo, e aí a obrigação não se extingue, enquanto o resultado não é alcançado, salvo impossibilidade superveniente”. *Apud* COMPARATO, 1967, (386) : 27-33.

No caso do profissional médico, verificada a inexecução de sua prestação obrigacional, necessário seria examinar seu procedimento, com o fito de ver se ele agiu com culpa, cabendo ao paciente demonstrar que a meta não foi atingida porque ele, médico, não fez uso da devida prudência e diligência ao tentar se desincumbir de seu mister.

Todavia, quando se trata de uma prestação obrigacional inserida no tipo *obrigação de resultado*, e ocorrendo um descontentamento por parte do credor em relação ao resultado final (muito comum na área da cirurgia plástica), o devedor não pode esperar se exonerar apenas provando que ele se comportou de maneira irreprovável pois, nesse caso, a prova de uma atitude prudente e diligente é inoperante, vez que ele está engajado em uma obrigação cujo resultado final - e previamente avençado - é o que comprovará sua adimplência.

3. Crítica e diferenciação

Uma crítica generalizada - que se difundiu desde a época em que Demogue propôs sua dicotomia meio/resultado - diz respeito a esta mesma nomenclatura, considerada um tanto rigorosa, ou mesmo radical, uma vez que toda a obrigação tem por objeto a produção de um resultado. (MAZEAUD et MAZEAUD, 1947, p.110)

Outra crítica, e esta de ordem pessoal, já que resultante de longa pesquisa por nós efetuada nessa área, relaciona-se à inadequação de utilizar-se a obrigação de resultado para caracterizar a prestação obrigacional do cirurgião plástico.

Antes de adentrar o mérito da questão, propriamente dito, importa salientar que uma das diferenças básicas entre um tipo de obrigação e outro é que as de *resultado* se destinariam a caracterizar prestações obrigacionais em searas onde inexistisse o *fator álea*, ou seja, onde os fatos pudessem ser previsíveis, só elidindo-se a responsabilidade do prestador ante a interferência de caso fortuito ou de força maior.³

Todavia, parece que o pressuposto daquela categoria de obrigação nunca foi levado em conta em nosso país, haja vista que até os dias atuais, a grande maioria da jurisprudência e da doutrina brasileira considera como sendo de *resultado* a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético e, também, do anestesiológico (este último, diga-se de passagem, já não visto atualmente de maneira tão majoritária).⁴

³ “Ainsi le médecin n’est tenu que d’une obligation de moyen; au contraire le transporteur, d’une obligation de résultat”. “Portanto, o médico está adstrito a uma obrigação de meios, enquanto o transportador, a uma obrigação de resultado”. (LALOU, 1962)

⁴ Há alguns anos, quando iniciamos a pesquisa sobre as obrigações de meio e de resultado, tema de nossa Dissertação de mestrado, foi uma desalentadora surpresa constatar que o assunto, na doutrina pátria, se exauria na sua definição ou conceito, ou seja, em um ou dois parágrafos. Daí não fica difícil concluir que tudo aquilo que é mal conhecido, por ser pobremente pesquisado, acaba fatalmente sendo mal utilizado, ou utilizado de maneira inadequada. É o caso da obrigação de resultadom usada para caracterizar prestações obrigacionais que se desenrolam em searas infestadas pelo fator álea.

É de nosso entender tratar-se de uma total inadequação esta inserção, vez que o trabalho daquele profissional se realiza em seara onde o resultado final (buscado e avençado) pode ser alterado pelo fisiologismo orgânico, pelo psiquismo do próprio paciente e pela resposta individualista de cada ser, frente a um mesmo tratamento, seja clínico, seja cirúrgico, já que, tanto um quanto outro, se desenvolvem em seara povoada pelo fator álea.⁵

Ora, se qualquer desvio daquele resultado avençado e buscado pelas partes é o suficiente para que se considere como inadimplida a prestação, então, caracterizar a prestação obrigacional daquele profissional como sendo obrigação de resultado é, a nosso ver, não só uma incongruência, como uma inadequação.

A obrigação de resultado tem, também, como característica a inversão do ônus da prova, uma vez que, na obrigação de meio, aquele cabe ao paciente. Na de resultado, cabe ao médico.

Ainda sobre o ônus probatório, vale lembrar que, quando o assunto é a seara médica, parece haver uma certa desigualdade de pensares em relação à inversão do ônus da prova, às vezes confundido com culpa presumida. É nosso entender que culpa presumida caracteriza uma relação risco/benefício, que é típica da responsabilidade objetiva, como o é a dos hospitais e a do Estado.

Ela pode ocorrer, também, no caso do art. 1.521 do Código Civil, pois o médico, e, em especial, o cirurgião, é considerado chefe de equipe e nessa investidura será responsável por seus prepostos, tais quais: instrumentadores, enfermeiras e demais auxiliares.⁶ Portanto, apenas nestes casos citados a culpa é presumida, fora daí entendemos haver a inversão do ônus da prova e, não, uma presunção de culpa. Se assim não fosse, estar-se-ia a objetivar a responsabilidade dos profissionais liberais que - ao menos até o presente momento - é tida como subjetiva, ou seja, será avaliada mediante comprovação de culpa (Código Civil arts. 159 e 1.545; Código do Consumidor art.14, parágrafo 4º).

4. Perquirição da culpa

Quanto à perquirição da culpa, no que diz respeito à responsabilidade médica, frente a uma prestação obrigacional inserida em uma obrigação de meio, da qual se tenha originado um dano para o paciente, a análise vai se ater à conduta do profissional, em torno dos seguintes questionamentos: lançou ele mão de todos os

⁵ “Chaque fois que le résultat cherché par les parties est envisagé par elles comme aléatoire, l’obligation est une simple obligation générale de prudence et diligence; si ce résultat est, au contraire, considérée comme devant être atteint sans a’lea, l’obligation est déterminée”. Cada vez que o resultado buscado pelas partes é tido por elas como aleatório, a obrigação é uma simples obrigação geral de prudência e diligência (meio); se este resultado é, ao contrário, considerada como possível de ser alcançado sem álea (resultado), então a obrigação é determinada”. (LALOU, *op. cit.* p. 279)

⁶ No que diz respeito à figura do anestesiológico, o assunto será tratado mais adiante, no item “fato de terceiros”.

meios disponíveis e suficientes para o caso? Conduziu-se de maneira diligente, prudente e hábil? Tomou todas as precauções que poderiam ter evitado o dano ocorrido?

É a perquirição da culpa *in abstracto*, ou seja, questiona-se se um outro profissional, nas mesmas condições físicas, psicológicas, mentais e de local, podendo usar da mesma aparelhagem e material humano disponível, iria se conduzir da mesma maneira, teria a mesma conduta do médico *sub judice*?

Havendo, pois, a situação de dano e evidenciando-se o nexos causal entre o dano e o ato médico e sendo amealhados fortes indícios de que os fatos poderiam ter transcorrido de maneira diversa cabe, então, à vítima/credor/paciente provar a carência do devedor/médico.

Assim, doutrina e jurisprudência são unânimes quanto ao fato de estar a prestação obrigacional do médico (clínico, cirurgião e cirurgião plástico reparador⁷), inserida em uma obrigação de meio, já que ele não promete a cura, mas se compromete a usar de toda sua potencialidade física e mental, de equipamento e instrumental adequado, de pessoal tecnicamente bem preparado, em suma, de todos os cuidados conscientes e meios disponíveis para atingir o melhor resultado para seu paciente sem, contudo, se vincular a obtê-lo.

Do que se pode concluir que, a respeito da *obrigação de meio* do médico:

1. Seu objeto de contrato não é a cura, mas a prestação de serviços diligentes e cuidados conscienciosos, de acordo com os avanços científicos e tecnológicos da Medicina e os meios disponíveis no momento do atendimento. Do que se conclui que seu vínculo obrigacional com o paciente não o obriga a restituir-lhe a saúde, mas a conduzir-se com toda a diligência, fazendo uso de todos os meios a seu alcance no sentido de atingir aquele objetivo.

2. O profissional só será responsabilizado pelo insucesso em seu labor se ficar provado que ocorreu dano ao paciente, e que este dano se deu como resultante de erro, imperícia, imprudência ou negligência de sua parte ou de preposto seu, e com nexos causal comprovado.

3. O conteúdo da obrigação do médico é sua própria atividade, o que prevê a utilização, de sua parte, de todos os meios tendentes a produzir o fim almejado. Os meios incluem, além de sua atividade física e mental, o uso de

⁷ Observe-se que a cirurgia plástica tem dois contingentes (ainda que entendamos que esta divisão tem apenas cunho didático); o *reparador*, que cuida de corrigir defeitos, sejam congênitos ou adquiridos, e o *estético* que cuida de melhorar aquilo que não está bom ou que, mesmo estando, é motivo de insatisfação para o paciente (o chamado hipocondríaco estético). Toda cirurgia reparadora busca a estética, porque o defeito a ninguém enfeita. Toda cirurgia estética é uma reparação de algo que incomoda como se defeito fosse. E conforme se encontra em obra específica da área: “Por tantas e tais razões, há que caírem por terra duas concepções porque errôneas e injustas: primeira, a divisão entre cirurgia plástica reparadora e estética e, segunda, a conceituação de obrigação de meio para uma e de resultado para a outra. A simples impossibilidade de pré-determinar qualquer procedimento cirúrgico desautoriza essa distinção”. (GIOSTRI, 1998, p. 122)

equipamento, ferramental e material humano, representado por sua equipe de trabalho.

Portanto, com base na teoria da responsabilidade subjetiva, que pressupõe a existência de culpa, o médico será responsabilizado quando:

1. houver a existência de um dano para o paciente;
2. existir relação de causalidade entre tal dano e o fato imputável ao agente (que pode se efetivar por ação ou omissão);
3. configurar-se a culpa do profissional em qualquer das três modalidades (imperícia, imprudência ou negligência).

No que diz respeito à obrigação de resultado, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm entendido - em corrente majoritária, mas já não unânime -, que tanto a prestação obrigacional do cirurgião plástico estético, quanto a do anestesiológista inserem-se nesta categoria de obrigação (resultado).

Aparte-se o fato de considerarmos inadequada tal conceituação, outros elementos, porém, vêm juntar-se a esta nossa postura: primeiramente, a própria entidade de classe daqueles cirurgiões - que antes se denominava Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica Estética e Reparadora - achou por bem mudar seu nome, abolindo os dois últimos adjetivos, uma vez que uma cirurgia plástica terá sempre em si ambos os lados: o estético e o reparador, conforme já mencionado.

O segundo fator e talvez o mais preocupante é que a categoria *obrigação de resultado* ficou destinada para determinar aquelas prestações obrigacionais que se desenrolam em áreas onde não exista o *fator álea*. E então, pergunta-se: que de mais aleatório existe que o organismo humano, seu fisiologismo e sua psique? Respondendo, só se pode concluir como sendo totalmente inadequada a inserção - neste tipo de obrigação - de uma prestação cujo *locus* é seara comprovadamente infestada pelo fator álea.

Por terceiro, e no que tange à anestesiologia, conquanto esta técnica e ciência encontre-se bastante desenvolvida nos dias atuais, muitas das reações orgânicas continuam sendo um enigma e não é tão raro ouvirem-se relatos sobre casos trágicos ocorridos *trans* ou *pós-anestesia* e que, de nenhum modo, tiveram a ver com a atuação do profissional. Uma destas possibilidades está relacionada ao choque anafilático⁸. Porém, se a prestação obrigacional daquele profissional estiver inserida em uma obrigação de resultado, como ficaria, então, sua situação, sua vida profissional, depois da ocorrência de um óbito ou de uma paraplegia causados por

⁸ Reação anafilática: estado de sensibilidade a uma substância estranha ao organismo que, uma vez injetada, pode causar danos os mais variados: desde um simples prurido (coceira) até um choque irreversível levando à morte. A reação anafilática, portanto, nada mais é que um fenômeno alérgico de liberação de histamina, que provoca vasodilatação periférica disseminada, bem como, permeabilidade disseminada dos capilares, com perda acentuada de plasma pela circulação. (GIOSTRI, 1996, p. 167)

anestesia, sendo que este tipo de incidente, muitas vezes, acaba ficando sem uma explicação plausível para sua causação?

Por certo, são questionamentos, também, sem resposta.

5. Sobre a diligência

Foi dito que em uma prestação obrigacional baseada em uma *obrigação de meios*, em caso de inadimplência ou de dano para o paciente, analisar-se-á a maneira com que o devedor/médico se conduziu no adimplemento de sua prestação; perquirir-se-á o nível de diligência por ele utilizado para o bom desempenho de sua incumbência.

Entendemos ser este elemento de primordial importância na avaliação da culpa médica pois, muitas vezes, o profissional faz a sua parte diligentemente e o resultado satisfatório não se faz sentir, bem como o inverso pode acontecer: ele é negligente, mas disso não advém nenhum prejuízo para o paciente. É por este tipo de ocorrência - que denominamos “arapuca biológica” - que a análise de sua conduta torna-se tão importante.

Por outro lado, quando o tipo de prestação insere-se em uma *obrigação de resultado*, o elemento *diligência* passa a não ter peso ou valor, segundo o entendimento doutrinário majoritário, o que, na seara médica, convenhamos, é uma incongruência, hajam vistas as múltiplas possibilidades de resposta que podem advir de um organismo humano, independentemente do trabalho bem realizado, ou não, do profissional.

Ter um mau resultado com diligência é, por óbvio, diferente de ter um mau resultado sem ter empregado a necessária diligência. Isto posto, entendamos o que vem a ser a figura em comento.

Diligência é uma qualidade subjetiva de uma determinada atividade. Significa solicitude, esforço, estudo, atenção. A função técnica da diligência, segundo Mengoni (1954, pp. 9-11) repousa nem tanto no adimplemento, quanto na conservação da possibilidade de adimplir. A diligência é uma função da vontade.

É curioso observar que o vocábulo *diligência* adquiriu, com o passar do tempo - tanto na linguagem vulgar, como na jurídica - um significado mais amplo que o originário. Com vistas à obrigação inerente ao exercício de uma atividade técnica, ela é adotada para designar não só o esforço, a aplicação e a atenção do devedor mas, também, a execução específica da prestação que deve corresponder à precisão de um resultado, na ordem direta da relação obrigacional.

Fala-se em trabalho diligente, no sentido de dizer trabalho bem feito, com perícia, dentro das regras da arte. Ou seja, com diligência obtém-se um apuramento da qualidade do resultado final, na correspondência direta desse objeto com o

direito do credor, através de um juízo mediato, relativo ao modo da atividade na obtenção daquele resultado. Pela exatidão e qualidade do resultado se deduz que o trabalhador se conduziu diligentemente. (*Ibidem*, p. 10)

Mas este juízo mediato não é totalmente seguro. Pode acontecer que a atividade da prestação tenha um êxito preciso de acordo com o resultado devido, ainda que o devedor não tenha se conduzido com diligência na obrigação. O contrário também pode ocorrer, ou seja, que a prestação resulte inferior à expectativa tutelada do credor, não obstante o devedor ter se esforçado por adimpli-la com a máxima diligência. (*Ibidem*, p. 11) Do que se pode deduzir que *atividade diligente* e *atividade objetivamente adequada ao escopo da relação obrigacional* não são conceitos reciprocamente implícitos. Aliás, vem a propósito lembrar, também, que nem sempre habilidade quer dizer trabalho impecável ou procedimento irrepreensível.

6. A diligência como critério de imputabilidade

No entender de Mengoni (*Ibidem*, p. 9), a diligência é uma modalidade do conteúdo do vínculo, sendo também um pressuposto de um adimplemento satisfatório. A diligência, no sentido técnico, é essencialmente um critério de imputabilidade, na medida da culpa, a qual se resolve por uma avaliação ética do devedor. (*Ibidem*, p. 15)

Como tal, essa não implica atingir o escopo da obrigação e tampouco seria o equivalente a uma mistura objetiva da capacidade física e intelectual necessária para um exato adimplemento, mas, tão somente, uma certa dose de esforço e empenho de vontade na direção do adimplemento.

A regra da culpa/diligência (imputabilidade) vem - em função do instituto da responsabilidade contratual - unicamente da hipótese de uma superveniente impossibilidade (objetiva) do adimplemento, mas pode revestir-se de grande valor.

Ressaltamos, novamente, o fato deveras interessante, de que na obrigação de meio, a diligência é levada em conta até como critério de imputabilidade; enquanto na obrigação de resultado este elemento não é computado, o que é lamentável, em especial no que diz respeito à avaliação da culpa médica. Isto nos leva a afirmar, sem a menor sombra de dúvida, que este é um outro enfoque que precisa - a par do uso errôneo da obrigação de resultado - sofrer alterações com uma certa urgência.

Mengoni (*ibidem*, p. 57) ainda explica a distinção entre obrigação de resultado e obrigação de diligência (meio), assentada do ponto de vista do objeto da relação: a elas não corresponde uma dupla noção do limite da responsabilidade do devedor mas, tão somente, um ponto diverso de referência (relação) da avaliação da possibilidade ou impossibilidade da prestação.

Na obrigação de meio, o devedor deve usar a diligência de um bom pai de

família, mas esta cautela diz respeito ao conteúdo da prestação, isto é, o devedor que usa a diligência necessária, exigida pela relação contratual não significa estar neutro, ou isento por falta de culpa, mas porque adimpliu sua obrigação. Se não usou a diligência necessária àquela relação contratual, deve provar que um caso fortuito ou uma força maior lho impediu.

Por todo o exposto se deduz pela importância da análise de um elemento tal qual a diligência. Também, pela mesma razão, e, uma vez mais, discordamos de que dentro da atual conceituação de obrigação de resultado para determinadas especialidades médicas não seja levado em conta aquele elemento, isto é, o peso do esmero profissional e seu esforço técnico, em caso de o resultado final não agradar ao paciente, ou se mostrar diferente do esperado.

A resposta orgânica - conforme já exaustivamente mencionado - é diversa para cada pessoa, e o que funciona bem para um determinado paciente, propiciando um resultado positivo, ou até mesmo ideal, pode não funcionar para outro. É a interferência imponderável e imprevisível do fator álea.

A diligência e o esmero nos atos da profissão devem ser analisados e sopesados sempre e, em especial, quando o resultado ideal não foi atingido. Assumir uma postura diversa, ignorando o elemento “diligência” é, a nosso ver, o mesmo que tornar objetiva a responsabilidade daqueles profissionais, deslocando-a para a seara da culpa presumida. E, isto, ao menos até o presente momento, não é a regra.

7. Casos de exceção: obrigação de resultado

De acordo com a doutrina francesa, há casos em que a prestação obrigacional do médico será vista como inserida em uma obrigação de resultado; são, porém, considerados exceções, estando relacionados a situações específicas. Estes casos podem ocorrer: a - pela vontade das partes; b - pela natureza da prestação; c - pela força da lei.

A vontade das partes: pode conferir à obrigação do médico a natureza de obrigação de resultado em circunstâncias também específicas: a.1 - quando o médico promete executar determinado ato, em determinado momento, ou promete executar pessoalmente tal ato. Ex.: obstetra que se compromete a realizar um parto. Em se ausentando no momento daquele, responderá ele pelo que possa advir de dano para sua paciente, seja por ato, ou por omissão de quem o substituiu; a.2 - no que diz respeito à cirurgia plástica, entendemos que há uma segunda possibilidade, e se concretiza quando o médico promete (ou garante) que sua intervenção terá um resultado certo e determinado. Ex.: cirurgia plástico que demonstra por *croquis* (ou qualquer outra modalidade demonstrativa) como ficará o nariz de sua cliente ou, então, que promete que aquele órgão ficará de forma “x”, “y” ou “z”. Esta conduta insere, automaticamente, o profissional em uma obrigação de resultado.

A natureza da prestação: quando a natureza da prestação excluir todo o fator álea - o que é verdadeiramente excepcional - então, estar-se-á a tratar de uma obrigação de resultado. Ex.: um centro de coleta de sangue, no qual é feito levantamento prévio, preciso e necessário de todos os seus doadores.

Cabe aqui um breve comentário: um centro laboratorial tem exames corriqueiros, cujos resultados dependem de uma simples leitura. Tem, também, exames sofisticados, cuja interpretação é delicada e sujeita a uma certa subjetividade, portanto, comportando uma parcela de álea. Nestes casos há que fazer-se uma diferenciação, entendendo-se que os primeiros exames estarão inseridos em uma *obrigação de resultado* e, os segundos, em uma *obrigação de meio*.

A força da lei: algumas atividades médicas estarão inseridas, por força da lei, em uma obrigação de resultado, impondo, também, reparação por danos causados por aquelas atividades. Em França, por exemplo, o Código de Saúde Pública dispõe que, em pesquisas biomédicas, sem benefício individual direto, aquele que a promove assume, *mesmo sem culpa*, o risco de ter que indenizar as conseqüências danosas sofridas pela pessoa testada.

O dado “mesmo sem culpa”, a nosso ver, vai mais além do que transformar a prestação obrigacional em obrigação de resultado: transfere-a, também, para a área da responsabilidade objetiva.

No Brasil, o Código de Ética Médica veda aos médicos a participação em qualquer tipo de experiência no ser humano, seja com finalidades benéficas, políticas, raciais ou eugênicas (arts. 122 a 130 - Capítulo XII - *Pesquisa Médica*).

O Código do Consumidor prevê suspensão temporária de atividade e/ou multa por infração às normas de defesa do consumidor por serviços impróprios ou inadequados, sem prejuízo das sanções de natureza civil, penal e específica (arts. 56, VII e 57, mais seu parágrafo único).

Por último, e usando o raciocínio analógico, pode-se dizer que se o art. 159 do Código Civil brasileiro serviria de exemplo daquilo que constituiria o perfil de uma *obrigação de meio*, de igual maneira o art. 1.521, do mesmo diploma civil, pode dar uma amostra do que seria o contorno aproximado de uma *obrigação de resultado*. Este último artigo ainda encerra a agravante da culpa presumida.

8. Casos de exclusão da responsabilidade médica

O médico poderá não ser responsabilizado por dano ocorrido com seu paciente se, no curso de sua atuação profissional, configurarem-se uma das excludentes da responsabilidade civil que, conseqüentemente, também dizem respeito à responsabilidade médica, a saber: caso fortuito; força maior; culpa exclusiva da vítima; fato de terceiros; fato das coisas.

9. Caso fortuito

Apesar de a conduta do médico ser correta e adequada aos seus deveres profissionais, danos podem ocorrer como consequência de fatos estranhos - alheios tanto ao seu proceder, quanto ao comportamento do paciente -, não tendo, pois, aquele profissional, condições nem de prevê-los, nem de impedi-los.

São consideradas como incidência de caso fortuito as ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico, e que guardam as características da *imprevisibilidade*, da *inevitabilidade* e da *irresistibilidade*. Como exemplo de tais situações, pode-se citar o caso do médico que prescreve medicamento de uso corrente, e o resultado se mostra diferente do usual, podendo levar o paciente à morte. Ou, ainda, quando ele emprega procedimento habitual e o paciente apresenta reação imprevista ou idiossincrásica (alergia, hipersensibilidade, choque anafilático, etc.).

No que diz respeito à atuação médica, o importante, a nosso ver, é não confundir *caso fortuito* com *conduta negligente*, ou *imprudente*. Daí, mais uma vez salientamos a importância da análise da *diligência* daquele profissional no cumprimento de sua prestação obrigacional.

O mau resultado, advindo por caso fortuito, reveste-se das características da *inevitabilidade*, *imprevisibilidade* e *irresistibilidade*, enquanto que um mau resultado advindo por *imperícia*, *imprudência* ou *negligência* seria plenamente evitável, se fosse outra a vontade e a conduta do profissional, ou seja, se ele tivesse adotado uma postura correta e diligente.

10. Força maior

A força maior, em um sentido genérico, constitui-se em um poder ou uma razão mais forte do que a daquela que atua, sendo decorrente da qualidade de *irresistibilidade* de um determinado fato que, por sua potencialidade exacerbada, vem impedir a realização, ou modificar o cumprimento de uma obrigação, à qual estava adstrito o devedor. Contudo, os efeitos jurídicos, tanto do caso fortuito, quanto da força maior são semelhantes, em razão da impossibilidade de serem evitados, já que nenhuma força os pode impedir de atuar.

Autores como Cunha Gonçalves (1967, p. 69), todavia, entendem haver uma possibilidade de diferenciação, pois *caso fortuito* - que no seu sentido etimológico quer dizer *o que vem ao acaso, sem previsão, por acidente* (do latim, *fors*) - não pode ser previsto, pelo fato de mostrar-se superior à força ou à vontade do homem.

Já a *força maior*, no entender do autor citado, diz respeito ao fato que se prevê ou que pode ser previsível mas, que, igualmente, não é possível evitar, visto ser, também, mais forte que a vontade ou a ação do homem. Aí estariam incluídas

situações tais quais tempestades, enchentes, terremotos, revoluções e guerras. Todos eles elementos, sem dúvida alguma, são previsíveis, embora inevitáveis.

11. Culpa exclusiva da vítima (paciente)

A *culpa exclusiva do paciente* libera o médico de toda e qualquer responsabilidade pelo dano sofrido por aquele. Assim, em não havendo culpa por parte do médico, não há que se falar em reparação. Exemplificando: se, após uma cirurgia ortopédica, o médico prescreve a seu paciente o uso de muletas e exercícios fisioterápicos e aquele descumpra as determinações, ou as faz de maneira errônea ou desinteressadamente, então, as conseqüências negativas de uma cicatrização óssea defeituosa, ou de uma atrofia, não poderão ser imputadas ao facultativo.

Havendo *culpa concorrente da vítima e do médico* não estaria configurada a exclusão de responsabilidade, mas sim, a presença de uma *responsabilidade bipartida*, onde cada uma das partes responderia pela parcela de culpa que lhe coubesse.

12. Fato de terceiros

Um terceiro que possa isentar o médico de responsabilidade, só quando este termo estiver a se referir a pessoas estranhas ao corpo médico, já que o profissional é responsável por seus prepostos, tais quais enfermeiros, auxiliares e instrumentadores e, neste caso, fala-se de responsabilidade pelo *fato de outrem*.

Entretanto, no que diz respeito ao profissional médico e seus auxiliares, sua responsabilidade deriva do art. 1.521 do Código Civil, que prevê ser responsável “o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele”. E a Súmula 341, do STF, dispõe em complementação: que “é presumida a culpa do patrão, amo ou comitente pelo ato culposo de empregado ou preposto”.

O médico, e em especial o cirurgião, é tido como chefe de equipe; como tal, é responsável por ela. No que diz respeito à figura do anestesiológico, a atual corrente jurisprudencial tem se dirigido no sentido de entender que - com a evolução e o aprimoramento das técnicas médicas -, operou-se uma divisão de trabalho, sendo que a concepção unitária do ato cirúrgico está em vias de ser considerada como um conceito ultrapassado. Portanto, a noção de ato destacável está a encontrar plena receptividade na seara da responsabilidade médica. Assim, um *fato de terceiro* que pudesse isentar o médico de responsabilidade se concretizaria por conta de um dano ocasionado por interferência, ou ato, de alguém próximo ao paciente, como um familiar seu ou, ainda, por erro de farmacêutico, erro de laboratório, etc. Em resumo, de alguém que não faça parte da equipe médica, ou estar-se-ia a falar em *fato de outrem*.

13. Fato das coisas

O uso de bisturis, tesouras, pinças, aparelhos de hemodiálise, raios *laser*, raios X, aparelhos eletro-eletrônicos, bombas de cobalto, instrumentos ortopédicos e cirúrgicos, em suma, qualquer objeto que possa ser classificado como aparelho médico-hospitalar pode gerar a responsabilidade para o médico, ou para o hospital. Há, contudo, que analisar duas possibilidades distintas de ocorrência desta responsabilidade: a) O dano é causado pelo médico, por intermédio do aparelho; b) O dano é causado pelo próprio aparelho, independentemente do cuidado do profissional.

Na primeira situação, o médico é responsável pelo dano que ocasionar a seu cliente, através dos instrumentos hospitalares, por não dominar a respectiva técnica do uso e do manejo, ou por utilizar o aparelho em condições inadequadas de funcionamento. No segundo caso, se o dano ocorreu por defeito do aparelho, então, entra-se no campo da responsabilidade objetiva do fabricante, do importador ou comerciante e nos domínios do Código do Consumidor. Caberá ao médico, se ou quando acionado, chamá-los à responsabilidade, ainda que em ação de regresso.

O Código Civil português dispõe de um artigo bastante apropriado a este tipo de situação, englobando as duas possibilidades acima citadas:

Art. 493º, nº 2 - Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se demonstrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”.

No Brasil, o Código do Consumidor prevê a responsabilidade objetiva, ou seja - independentemente da existência de culpa -, pelos danos decorrentes de defeitos de projeto, fabricação, construção e montagem de produtos (art. 12). Bem assim, o prestador de serviços será responsabilizado em relação aos defeitos referentes àquela prestação (art. 14). Quanto ao profissional liberal, prevê aquele código que sua responsabilidade pessoal será apurada mediante a verificação da culpa, sendo pois, de ordem subjetiva.

14. Referências bibliográficas

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. Obrigações. v. 5. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultados e de garantia. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, dez. 1967, nº 386.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Obrigações de meio e de resultado na responsabilidade civil do médico*. Curitiba, 1996. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.

_____. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1998.

LALOU, Henri, *Traité pratique de la responsabilité civile*. 6. éd. Paris: Sirey, 1962, v.1.

MAZEAUD et MAZEAUD. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 4. éd. Paris: Sirey, 1947, v. 1.

MENGGONI, Luigi. *Obligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*. Studio critico. Milano: Casa Editrice Francesco Vallardi, 1954.

