

IATROGENIA – MODALIDADE CULPOSA OU EXCLUDENTE DE ILICITUDE

IATROGENY – GUILT MODALITY OR EXCLUDENT OF UNLAWFULNESS

*Ricardo Henrique Alves da Silva**

*Arsenio Sales Peres***

*Rafael Mercadante Júnior****

*César Lopes Júnior*****

Resumo:

Uma das atividades do cirurgião-dentista é a realização de perícia odontológica, que se constitui em uma prova a mais no bojo do processo, classificada como material, adentrando por uma vertente que produz uma fonte de luz ao Juiz, repensando a retórica que deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Por meio da presente revista da literatura pretende-se reforçar a idéia de que os episódios iatrogênicos, tanto odontológicos quanto médicos, devem ser observados de forma especial e cuidadosa por juristas, julgadores e demais operadores do Direito, pois, a iatrogenia não pode continuar a ser entendida como resultado de ação negligente ou imprudente do profissional da Saúde. Facilmente se observa a diferença entre iatrogenia e os erros ocorridos durante tratamentos médicos ou odontológicos, pois aquelas muitas vezes são inerentes à aplicação da melhor técnica, da melhor terapia.

Palavras-chaves: Iatrogenia. Erros médicos. Efeitos adversos. Responsabilidade civil. Responsabilidade profissional.

Abstract:

One of the activities of the dentist is the realization of dental expertise, which is one more proof inside of the lawsuit, classified as material, helping the judge, that must judges according to alleged and proved by the parties (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Through this present literature review we intend to reinforce the idea that iatrogenic episodes, either odontologics as well as medicals, must be observed in special and careful form by jurists, judges and other law operators, because, iatrogeny can not continue being observed just as guilty modality, but also it must occupy its place with the excludents of unlawful.

Easily we can observe the difference between iatrogenias and mistakes occurring during odontologic and medical procedures, because those (iatrogenies) many times are inherent to the application or use of the best techniques and best therapy.

keywords: Iatrogenic disease. Medical mistakes. Adverse effects. Tort law. Professional responsibility.

* Professor Doutor da Faculdade de Odontologia de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

** Professor Doutor da Faculdade de Odontologia de Bauru da Universidade de São Paulo.

*** Advogado, especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE, professor de Direito Civil, Teoria Geral do Estado e Ciência Política, Faculdade Sudoeste Paulista em Avaré FSP.

**** Advogado, mestre em Saúde coletiva pela Faculdade de Odontologia de Bauru da Universidade de São Paulo.

Convidados especiais da Professora Associada Rachel Sztajn, do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Introdução

Há muito o Direito brasileiro trata de temas como o das excludentes de ilicitude para fins de imputação, ou-não, do dever de reparar ou de eventual responsabilidade penal. 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 centenas de anos, quando, para conseguir conter uma hemorragia da artéria femoral, a forma medieval, completamente desprovida de justificação científica, levava a fritar a perna do paciente.

Em especial por terem as ciências da Saúde como objeto de trabalho a recuperação ou manutenção da saúde e da qualidade de vida dos seres humanos, e também porque seus inúmeros e complexos procedimentos escapam ao entendimento do mais experiente jurista, a análise de certos eventos torna-se complexa, criando 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, que para o leigo pode parecer ação culposa equiparável à negligência, imperícia ou imprudência, o que configuraria erro do profissional da Saúde ao prescrever terapêutica medicamentosa.

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 termina por produzir efeito danoso sobre o estado de saúde do paciente. Contudo não se deve assemelhar 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 a 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.

O assunto é debatido na literatura científica, mas ainda aparece como componente de disputa doutrinária que, certamente, merece grande atenção, vez que, ao falar de iatrogenia está-se tratando de decidir sobre a possibilidade, ou-não, de imputar culpa ao profissional que, à falta de outros meios para tratar o paciente, emprega a melhor técnica para alcançar a melhora do estado de saúde e, ao final, lhe causa dano. De modo simplista, pode-se dizer se tratar de circunstância fática da responsabilidade civil, pois

se vê conduta voluntária, dano indesejado e, na maior parte dos casos, imprevisível, que deriva daquela conduta.

Todavia um outro elemento certamente nos fará repensar este conceito, a freqüente impossibilidade de outra qualquer atuação por parte do profissional da Saúde, isto é, referido profissional não tem saída, deve submeter o paciente a um tratamento, vez que o risco na qualidade de vida pode ser irreparável. 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 em face de grande imprecisão doutrinária.

É importante ressaltar a posição de Sales-Peres (1997), que chama atenção para o perigo dos profissionais da 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 deve ter experiência na área de atuação, assim como deverá ter tomado todos os cuidados clínicos e paraclínicos, avaliando seu paciente adequadamente antes da prescrição, acompanhá-lo com toda cautela posteriormente e, ainda assim, isso não lhe garante que algum efeito adverso venha a emergir. 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 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. Salienta o mesmo Autor que o ato de vontade, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude.

Pereira (2005) citando Bevilacqua (1890) 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 art. 156 do revogado Código Civil, de 1916, dizia: “*violar direito ou causar dano a outrem*”, fora atualizado pela redação do art. 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 salvo as hipóteses de responsabilidade objetiva em que basta o dano e o nexo de causalidade.

E, conforme leciona Samico et al. (1994), há um tríptico princípio em toda ação pericial: “*competência + honestidade + prudência*”, onde a primeira delas, a competência, se adquire com a formação cultural e técnico-científica, estratificando-se com os postulados da Lei e seus regulamentos. A segunda, honestidade, é inata à pessoa e se transmite a ação profissional em todos os seus atos. A última, que é a qualidade necessária em todos os atos dos humanos, caracterizada sempre pelo equilíbrio e moderação de atitudes, agiganta-se na função de perito, porque se faz sempre presente para que se possa esclarecer a verdade. Por isso, a correta definição e o conhecimento sobre o termo iatrogenia, fazem-se necessários na prática pericial.

3. Culpa

A culpa em sentido amplo inclui a culpa em sentido estrito e o dolo que é a causação voluntária, deliberada de dano. 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 é imprevisível, no mais das vezes inevitável, isto é, indiscutivelmente observa-se em situações sequer culposas, menos ainda dolosas. Até porque, nesse caso, não se trataria de iatrogenia no sentido em que se emprega o termo aqui, mas sim de ação deliberada para causar danos à saúde e qualidade de vida do paciente.

Por culpa em sentido estrito entende-se o estado de vontade daquele que não quer produzir dano, mas age de forma descuidada, imprudente ou imperita o que basta para dar causa ao dano ou-não, evitando que este 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 (1951), diz ser mesmo a culpa, definível como quebra do dever a que alguém está adstrito, que assenta o fundamento primário da reparação.

E Rodrigues (2002), ao tratar a responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas, ressalta 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 está na base para a reparação cível, a culpa, que não se faz presente nas situações iatrogênicas. Nessas hipóteses o pressuposto é que o médico ou cirurgião-dentista não deram causa ao dano por imprudência, imperícia, negligência ou qualquer outra conduta inadequada, 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 perde sensibilidade em determinadas partes da boca, após cirurgia maxilobucal por resvalo ou secção de alguma terminação nervosa.

Ora, cada indivíduo tem uma anatomia com particularidades o que impede que o profissional preveja com exatidão os locais em que pode cortar sem causar parestesia que, destarte, é absolutamente inevitável.

Porém, importante ressaltar que o fato de existir um risco, muitas vezes comprovado em literatura científica, não permite nem concede autorização para que o risco se efetue como dano ao paciente haja vista que, conforme Kfoury Neto (1996), em se tratando de vida humana, não há lugar para culpas pequenas.

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 alguns dos elementos da responsabilidade civil que são: conduta voluntária, nexa 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 nexa 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) 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 o questionamento judicial, pois a decisão dos magistrados, isentos e aptos a analisar as provas, determina quem tem direito. Porém, em algumas circunstâncias, dado seu caráter imediato e de risco para a preservação de direitos, o Direito permite que se mantenham condutas que, em outras circunstâncias, seriam tecnicamente ilícitas, mas que não são assim consideradas em virtude da especialidade da situação.

Gagliano e Pamplona Filho (2003) entendem sejam excludentes de responsabilidade as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexa causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.

Diante das observações acima transcritas, poder-se-ia definir a iatrogenia por um agravo causado à saúde do paciente por meio de procedimento inafastável e insubstituível, que buscava a melhora de sua saúde, e cujos possíveis danos, apesar de relativamente previsíveis, eram absolutamente inevitáveis.

5. Breve discussão para a prática odontológica

Nos termos do art. 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 n. 8.078/90, conhecido como Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 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 art. 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 art. 927 supramencionado, que do ilícito surge a responsabilidade civil.

Dessa forma, poder-se-ia imaginar, de maneira genérica, intercorrências na execução de determinados tratamentos odontológicos, tais como ao iniciar a restauração de um elemento dentário, ocasionar a exposição pulpar, fazendo-se necessário o tratamento endodôntico; ou ainda, como outra exemplificação, na realização de uma exodontia, ocasionar a fratura de dente ou restauração presente em dente adjacente; e também, na execução de um procedimento anestésico ou cirúrgico, ocasionar uma parestesia temporária. E, nesses casos, poderia se tratar de iatrogenia, circunstância em que o profissional da 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.

Porém, para a aceitabilidade da iatrogenia deverá, em qualquer dos casos acima exemplificados de forma genética, existir todo o respaldo do profissional, ou seja, execução de tratamentos, acompanhamento e preservação, bem como todo o suporte de informações ao paciente.

6. Considerações finais

Sabe-se que o Direito, conforme as 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 da Saúde do que aqueles que vivenciam o mundo jurídico, porém as inúmeras circunstâncias e detalhes que compõem 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 da 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 da Saúde e pacientes tenham tranqüilidade e segurança ao lidar com tal circunstância, evitando a falsa impressão de culpa, de ilícito ou de dano provocado intencionalmente.

Bauru, setembro de 2008.

Referências

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- KFOURI-NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NADER, P. *Introdução ao estudo do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NUNES, L. A. R. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PEREIRA, C. M. S. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RODRIGUES, S. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- _____. *Direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.
- ROMANELLO NETO, J. *Responsabilidade civil dos médicos*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.
- SALES PERES, A. *Perícia de convênio odontológico*. 1997. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Odontologia, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SAMICO AHR, MENEZES JDV de, SILVA M da. *Aspectos éticos e legais do exercício da odontologia*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Odontologia, 1994.
- TELLES JÚNIOR, G. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- VENOSA, S. de S. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. v. 6.