

**ASPECTOS JURÍDICOS APLICADO ÀS LESÕES NEUROLÓGICAS POR
POSICIONAMENTO CIRÚRGICO: DANO “IN RE IPSA”?**

Leandro Pretto Flores*

***LEGAL ISSUES OF THE NEUROLOGICAL INJURIES ASSOCIATED WITH
SURGICAL POSITIONING: “IN RE IPSA” DAMAGE?***

Leandro Pretto Flores*

* Pós-graduando em Direito Médico e Odontológico – Universidade Corporativa Anadem (UCA) Médico, neurocirurgião e perito médico.
Mestre em Ciências da Saúde de Doutor em Ciências Médicas (Universidade de Brasília – UnB)

SUMÁRIO: 1. À Guisa de Introdução. 2. Dos posicionamentos cirúrgicos e suas potenciais complicações neurológicas. 3. Da Delimitação do Problema. 4. Dos Conceitos Jurídicos Aplicados aos Casos de LNPC. 5. Da doutrina do Dano Presumido (“*res ipsa loquitur*”) e as LNPC. 6. Do Consentimento Informado e as LNPC. 7. Notas Conclusivas. Referências Bibliográficas.

RESUMO: As lesões neurológicas por posicionamento cirúrgico (LNPC) caracterizam-se por sinais e sintomas anatomicamente congruentes a uma determinada estrutura nervosa, que se manifestam exclusivamente após um determinado procedimento médico e com esse não estabelece nexos causal direto (ou seja, não foram provocados pela manipulação ou lesão de estruturas neurais abordadas diretamente durante o ato operatório, por exemplo). O objetivo desse estudo corresponde em analisar criticamente os aspectos jurisprudenciais relacionados às Causas que envolveram esse tipo de lesão e, mais especificamente, verificar se a essas invariavelmente se aplicaria a doutrina do dano extrapatrimonial presumido (“*in res ipsa*”). À princípio, do ponto de vista técnico-científico tal argumento é de fato válido, visto que o mecanismo fisiopatológico envolvido na maioria desses casos inclui um posicionamento vicioso durante a cirurgia, causando estiramento e/ou compressão de estruturas do sistema nervoso central ou periférico, com consequente isquemia dessas estruturas. Tal constatação em tese suportaria com a aplicação da doutrina do dano moral *in re ipsa* nesse tipo de Lide. No entanto, tal mecanismo não justifica o dano em todos os casos de LNPC: fatores

intrínsecos à biologia individual ou à culpa de terceiros correspondem a fatos modificativos do Direito invocado e devem sempre investigados caso-a-caso, permitindo com que o réu seja capaz refutar a inferência inicial por dano tipo “*res ipsa loquiritum*”. Por fim, mormente nos casos em que o procedimento proposto exige o posicionamento inabitual do paciente ou que esse apresente fator de maior risco para o desenvolvimento desse tipo de lesão, impera ressaltar que tal(is) circunstância(s) deve(m) necessariamente restar(em) expressa(s) e incluída(s) em Termo de Consentimento escrito.

PALAVRAS-CHAVE: Posicionamento cirúrgico; dano; lesão neurológica; presumido; *in re ipsa*.

ABSTRACT: Neurological injuries associated to surgical positioning (NISP) are characterized by signs and symptoms anatomically congruent with a specific nervous structure, which manifest exclusively after a medical procedure and do not establish a direct causal link with it (i.e., they were not determined by manipulation or injury to neural structures directly addressed during surgery, for example). The objective of this study is to critically analyze the jurisprudential aspects related to cases involving this type of injury and, more specifically, to verify whether the doctrine of presumed extra-patrimonial damage (“*in res ipsa*”) should invariably be applied to these cases. In principle, from a technical-scientific point of view, this argument is indeed valid, since the pathophysiological mechanism involved in most of these cases include a vicious positioning during surgery, causing stretching and/or compression to some neural structures of the central or peripheral nervous system, with consequent ischemia. Such a finding - in theory - would support the application of the doctrine of moral damage *in re ipsa* to this type of dispute. However, this mechanism does not justify the damage in all cases of NISP: factors intrinsic to individual biology or guilt from third parties correspond to facts that modify the Law invoked and must always be investigated on a case-by-case basis, allowing the defendant to be able to refute the initial inference by “*res ipsa loquiritum*” damages. Finally, especially in cases where the proposed procedure requires the patient's unusual positioning or where the patient presents a higher risk factor for the development of this type of injury, it is important to emphasize that such circumstances must necessarily be expressed and included in a written Consent Form.

KEY-WORDS: Surgical positioning; damage; neurological injury; presumed; *in re ipsa*.

1. À Guisa de Introdução:

O dito erro médico - ou má-prática médica - refere-se à conduta profissional inadequada ou ao não cumprimento do padrão de cuidado aceitável que resulta em danos ao paciente, tendo por agente um profissional graduado em Medicina. Tais erros podem se configurar na forma de diagnósticos errôneos, falhas no tratamento, prescrição de medicamentos equivocados ou até mesmo a realização de procedimentos invasivos inadequados. No Brasil, a responsabilidade civil do médico é regulada pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). O médico pode ser responsabilizado civilmente caso fique comprovada sua culpa, seja na forma de negligência, imprudência ou imperícia. Importa destacar que a responsabilidade do médico é dita subjetiva, ou seja, é preciso comprovar a existência de culpa ou dolo para que ele seja responsabilizado pelos danos causados (excetuando-se os procedimentos ditos estéticos).

Conceitualmente, o “*erro médico*”, ou também denominado “*má prática*” profissional, corresponde a uma lesão não-intencional causada por uma ação ou omissão de um médico durante o exercício da sua profissão. Essa definição prova ser completamente diferente do conceito de “*Iatrogenia*”, pois essa última caracteriza-se por um evento inerente do ato médico, mas sem qualquer vinculação com uma ação que possa ser considerada imprudente, negligente ou imperita²³.

Dados atualizados de literatura apontam que no Brasil, a cada ano, em torno de 7% de todos os médicos são processados⁵. Considerando um universo de 470.855 médicos atualmente em atividade, pode-se facilmente concluir que mais de 30.000 novos processos questionando a conduta de médicos são iniciados anualmente. A probabilidade de sofrer uma ação judicial depende da especialidade do profissional, existindo aquelas consideradas de maior risco. O risco cumulativo de enfrentar um processo por erro médico até completar os 65 anos de idade gira em torno de 70% para profissionais com especialidades mais generalistas, tais como pediatria, clínica médica, medicina de família;

enquanto que se aproxima a 99% em especialidades de alto risco, dentre elas a neurocirurgia¹⁷.

Autores americanos citam que um dos principais motivos para o aumento do número de processos contra médicos naquele país decorre da crença da população de que quase todos os eventos adversos em saúde podem ser controlados ou mesmo totalmente resolvidos. Portanto, a ocorrência de desfechos não-habituais, insatisfatórios ou inesperados acabam se tornando um campo fértil para o litígio¹. Nesse sentido, o inesperado aparecimento de comprometimento de uma função neurológica que se encontrava intacta antes de uma determinada cirurgia e que não se relaciona com risco envolvido diretamente com o procedimento proposto parece representar uma condição ideal para que o médico envolvido naquele cenário seja acusado de mal-prática. Nesse tipo de situação, uma das principais causas alegadas para o dano é o posicionamento vicioso durante a execução do ato médico, a que se denomina **Lesão Neurológica por Posicionamento Cirúrgico (LNPC)**.

O sucesso cirúrgico não depende apenas das técnicas cirúrgicas e anestésicas adequadas, mas também de um bom posicionamento do paciente no período intraoperatório. A principal finalidade do posicionamento é garantir uma boa exposição do sítio cirúrgico, que deve ser realizado de forma correta a fim de garantir a segurança do paciente e prevenir complicações³.

As LNPC correspondem a causas importantes e potencialmente preveníveis de morbidade cirúrgica. Caracterizam-se por sinais e sintomas anatomicamente congruentes a uma determinada estrutura nervosa, que se manifestam exclusivamente após uma cirurgia e com essa não estabelece nexo causal direto (ou seja, não foram provocados pela manipulação ou lesão de estruturas neurais abordadas diretamente durante o ato operatório). Suas manifestações clássicas são a dor, fraqueza muscular, perda de sensibilidade ou parestesias (dormências) em território de uma ou mais determinadas estruturas nervosas (nervos, medula, raízes nervosas, olhos, etc)²⁰.

Para melhor se entender a repercussão desse tipo de lesão nos Tribunais, a Associação Americana de Anestesiologia (ASA) revisou os dados obtidos por meio do Closed Claim Project – CCP¹⁵. Tal banco de dados registrou 232 ações por indenização contra neurocirurgiões envolvendo cirurgias da coluna vertebral (210) e craniotomias (22), entre 2000 e 2016. O CCP categorizou essas reivindicações nos seguintes resultados: lesão

nervosa relacionada ao posicionamento (n = 14, 6%); outras lesões nervosas sem evidência de mau posicionamento (n = 39, 17%); outras lesões relacionadas ao posicionamento sem envolvimento neurológico (n = 23%); perda visual pós-operatória – neuropatia óptica isquêmica (n = 28, 12%); e outras reivindicações relacionadas à procedimentos neurocirúrgicos (n = 129, 56%). Das 53 lesões nervosas relacionados e “*outras*” lesões relacionadas ao posicionamento, 47% afetaram a medula espinhal, 21% o plexo braquial e 15% o nervo ulnar. Estas 53 lesões incluíram duas mortes, 29 lesões incapacitantes permanentes e 22 lesões temporárias ou não incapacitantes. Ou seja: o posicionamento cirúrgico deu causa à 40% dos processos movidos contra neurocirurgões.

Pelo exposto, mostra-se absolutamente claro que o posicionamento intraoperatório não deve ser negligenciado como uma importante área de exposição para profissionais de saúde frente a risco de se envolver em litígio que envolva questionamentos quanto à sua conduta profissional.

O objetivo geral deste estudo é apresentar uma visão global das reivindicações e argumentos que foram levantadas em ações judiciais onde a controvérsia acerca do “*acerto*” ou “*erro*” de posicionamento durante a cirurgia correspondeu a questão nodal da Lide. Mais especificamente, analisar se à ocorrência de lesão neurológica determinada pelo posicionamento cirúrgico, dado ao sua indissociabilidade da conduta adotada pela equipe médica, invariavelmente se aplicaria a doutrina do dano presumido (“*in res ipsa*”) à análise jurídica dos Causas que envolvam essa temática.

2. Dos posicionamentos cirúrgicos e suas potenciais complicações neurológicas:

No entanto, antes de se adentrar mais diretamente na discussão a respeito das repercussões jurídicas de lesões neurológicas relacionadas ao posicionamento intraoperatório, é preciso se apresentar ao leitor quais são esses posicionamentos e como esses podem resultar em comprometimento da função neurológica do paciente.

Posicionar adequadamente o paciente corresponde a etapa vital para qualquer procedimento cirúrgico seguro e eficaz. A posição que o paciente irá adotar durante a cirurgia depende de diversos fatores, incluindo do tipo e da duração do procedimento, a facilidade de acesso do anestesista ao paciente, dos dispositivos necessários, entre outros.

A segurança quanto ao posicionamento cirúrgico deve corresponder a um esforço de toda a equipe envolvida na prestação desse cuidado. Todos os membros da equipe cirúrgica desempenham um papel significativo nesse processo e compartilham a responsabilidade de estabelecer e manter as posições corretas do paciente, evitando com que esse promova complicações indesejadas.

Os objetivos do posicionamento adequado do paciente incluem:

- Manter as vias aéreas pérvia e a circulação adequada aos órgãos, durante todo o procedimento;
- Prevenir danos aos nervos;
- Permitir o acesso do cirurgião ao local da cirurgia, bem como para a administração de anestésicos;
- Proporcionar conforto e segurança ao paciente;
- Prevenir lesões de tecidos moles ou musculoesqueléticos;

Com base nessas premissas, passa-se agora a apresentar uma breve revisão acerca do posicionamento cirúrgico: como a literatura médica estabelece os padrões de conduta a esse respeito e quais são as complicações mais comumente relacionadas².

Nesse diapasão:

a) Posição Supina (ou decúbito dorsal):

São descritas três variantes da posição supina (Figura 1).

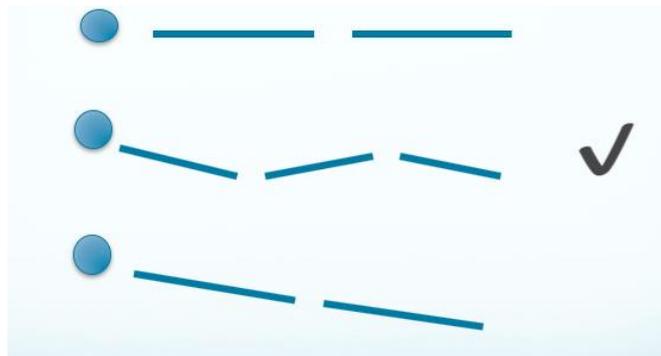


FIGURA 1

A horizontalidade completa nessa posição não é bem tolerada pelo paciente consciente por longos períodos de tempo (Figura 1, primeiro desenho) e por esse motivo não deve ser recomendada como rotina. A posição da “cadeira de gramado” é mais natural (Figura 1, desenho ao meio e Figura 2), sendo bem tolerada por longos períodos de tempo. O paciente é posicionado na mesa com a cabeça e o tórax ligeiramente elevado e os quadris e joelhos ligeiramente flexionados. Um travesseiro deve ser colocado sob os joelhos e uma almofada de silicone deve ser posicionada sob os calcanhares. As proeminências ósseas devem ser acolchoadas e o nervo ulnar protegido. Esta posição proporciona a vantagem no sentido de que a ligeira elevação da cabeça e das pernas melhora drenagem venosa do cérebro e retorno venoso dos membros inferiores. Também, o ato de elevar a cabeça e o tórax melhora a ventilação de zonas dependentes dos pulmões, deslocando os órgãos abdominais para longe do diafragma. A posição de Trendelenburg reverso é basicamente uma posição horizontal com o cabeça ligeiramente elevada (Figura 1, desenho mais inferior).



FIGURA 2

A posição supina pode resultar em complicações: lombalgia devido a perda da lordose lombar, lesão dos nervos ulnar ou radial, lesão do plexo braquial, lesão medular devido a hiperextensão da cabeça, ulcera de pressão em couro cabeludo e calcanhares.

b) Posição Lateral:

Existem duas variantes da posição lateral: a dita posição lateral pura e a posição de estacionamento (ou “park bench”).

O paciente é posicionado com o lado a ser operado voltado para cima. Quando uma posição lateral pura (Figura 3) é adotada, o eixo longo da cabeça mantém-se paralelo ao solo. Na posição de “*park bench*” (Figura 4), a cabeça é girada em direção ao ombro contralateral, sem ultrapassar 30 graus de rotação lateral. As seguintes etapas para posicionamento são semelhantes para as posições lateral pura e “*park bench*”: um rolo é colocado sob a parte superior do tórax contralateral, evitando colocá-lo diretamente sob a axila porque os plexos nervosos e vasos axilares poderiam ser comprimidos; todas as proeminências ósseas devem ser protegidas; o braço inferior deve ser posicionado estendido em apoio próprio, ou suspenso com cordão acolchoado; a mão ipsilateral é colocada transversalmente o tórax com o cotovelo em leve flexão; o joelho ipsilateral deve ser posicionado em extensão e o joelho contralateral em flexão; um travesseiro deve ser colocado entre o joelhos; apoios laterais são colocados na região esternal e na região interescapular; posteriormente o paciente é preso em toda a região pélvica com cordas acolchoadas.

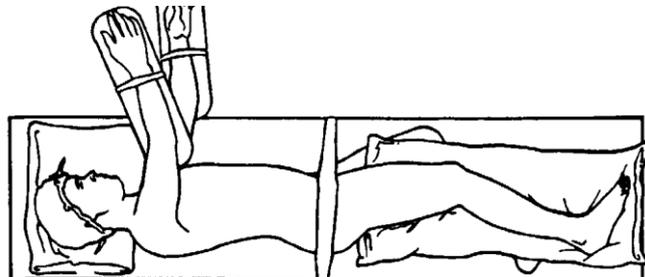


FIGURA 3

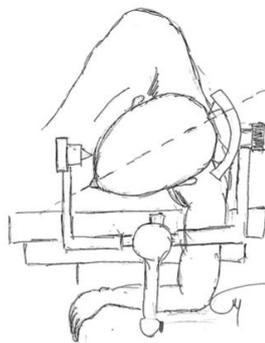


FIGURA 4

As complicações mais frequentemente relacionadas à posição lateral são: lesão cervical devido a rotação, flexão ou extensão exagerada do pescoço; lesão do plexo

braquial; lesão de córnea; edema ocular; perda visual; necrose de orelha; lesão do nervo fibular; necrose de fêmur.

c) Posição Prona (decúbito ventral)

A posição prona é utilizada para cirurgias do dorso, coluna e da além da face posterior dos membros inferiores. O doente é mantido deitado sobre o abdômen, posição esta que reduz a sua capacidade vital devido à pressão nas costelas inferiores e à pressão intra-abdominal, que interfere com o funcionamento do diafragma. A literatura médica indica que, em posição prona, o tórax deve ficar apoiado sobre coxins com grande abertura, permitindo a respiração normal e reduzindo a pressão intra-abdominal. A cabeça é posicionada de uma maneira que mantenha a coluna cervical em posição neutra. Os joelhos devem permanecer ligeiramente flexionados e bem acomodados. O uso de travesseiros recortados lateralmente garante o fácil acesso do anestesiolegista ao tubo endotraqueal²⁵ – FIGURA 5.

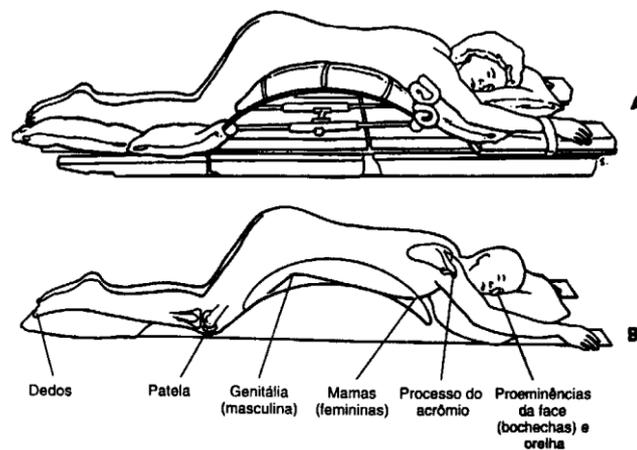


FIGURA 5

As complicações visuais são as mais conhecidas e estudadas da posição prona. Sabe-se que a posição se associa a elevação da pressão intraocular, glaucoma de ângulo fechado, oclusão da artéria central da retina, perda visual, neuropatia isquêmica do nervo óptico, cegueira cortical e hemorragia subconjuntival.

A posição prona está associada a diversas complicações neurológicas, incluindo o acidente vascular cerebral (AVC), elevação da pressão intracraniana, disfunção da coluna medular, plexopatia e hérnias de disco.

O AVC nos procedimentos neurocirúrgicos advém da oclusão das artérias vertebrais, decorrente do posicionamento não-neutro da cabeça e movimentações indevidas, que também possuem relação com elevação da pressão intracraniana, e dissecação das artérias carótidas e vertebro-basilares levando a lesão da íntima e formação de trombos. O risco de AVC é maior em pacientes idosos, com neoplasia malignas, obesos e com histórico recente de cirurgias de grande porte. O risco é reduzido com a manutenção da cabeça no eixo corporal.

As plexopatias são lesões decorrentes de tensão focal, aumento da pressão, edema local e comprometimento axoplasmático. São fatores de risco o diabetes mellitus, hipovolemia, hipotermia, desnutrição, hipertensão, alcoolismo e parestesia prévia. Apesar da plexopatia braquial ser a mais conhecida, sendo associada a abdução superior a 90°, outras relatadas incluem a paralisia do nervo ulnar, decorrente de pressão sobre o túnel cubital do cotovelo, posicionamento incorreto do manguito, flexão maior que 90° e a modificação acidental de posicionamento, a neuropatia do nervo cutâneo femoral lateral, associada ao uso de almofadas pélvicas.

A hérnia de disco cervical aguda é um evento agudo raro e resultante, provavelmente, da combinação de extensão do pescoço na intubação endotraqueal, perda de suporte muscular do anestesiado e manipulação inadequada. Por sua vez, a hérnia torácica resulta de movimentação excessiva da coluna toracolombar e da perda acentuada de tônus muscular. Pode resultar em tetraplegia⁴.

d) Posição Sentada (Fowler):

O paciente é intubado em decúbito dorsal e após tal etapa a mesa cirúrgica é flexionada, elevando o tórax e o corpo do paciente em posição sentada. Os quadris também estão posicionados em leve flexão e os joelhos também devem estar levemente flexionados. A cabeça está fixada o suporte de cabeça Mayfield que está preso à barra transversal em frente ao paciente. A cabeça é flexionada, mas evitando-se hiperflexão (Figura 6).

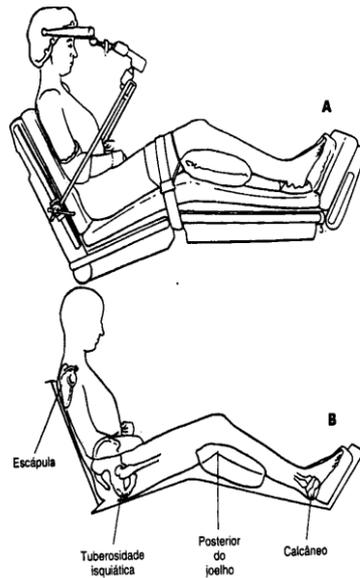


Figura 6

A complicação neurológica mais temida com esse tipo de posicionamento diz respeito à tetraplegia pós-operatória. Esta situação, combinada com hipotensão, pode levar à isquemia da medula cervical, resultando em quadriparesia ou tetraplegia. A lesão do nervo ciático é outra complicação neurológica associada a esse posicionamento. Cita-se ainda a lesão do plexo braquial, lesão do nervo ulnar, perda da visão e embolia aérea.

e) Posição de Litotomia:

O paciente é colocado em posição dorsal; a seção dos pés da mesa cirúrgica é abaixada completamente, e os membros inferiores são elevados e abduzidos em perneiras metálicas, para haver exposição da região perineal. O apoio dos membros deve ser cuidadosamente controlado. Colocando-se a espinha ilíaca anterior do paciente alinhada com a perneira metálica e o nível das nádegas em alinhamento com a extremidade da mesa, consegue-se boa posição, com um mínimo de esforço. As nádegas não devem ultrapassar a borda da mesa porque quando a seção da mesa for abaixada, o peso do corpo sobrecarregará a região dorsal e distenderá os ligamentos e músculos lombossacros. As perneiras metálicas necessitam de coxins que cubram toda a superfície do metal e que sejam adequadas para não pressionar os nervos e vasos da região poplíteia e os tecidos moles das pernas; na sua colocação é necessária muita atenção para evitar rotação externa e abdução da coxa, o que distenderá os músculos, abdutores e o tendão da articulação coxo-femural. A altura é ajustada ao comprimento dos membros inferiores do paciente.

Isto previne pressão sobre os joelhos e sobre a coluna vertebral lombar. A posição do paciente precisa ser simétrica: o perineo deve estar em alinhamento com o eixo longitudinal da mesa, a pelve, elevada e a cabeça e o tronco, em alinhamento⁶.

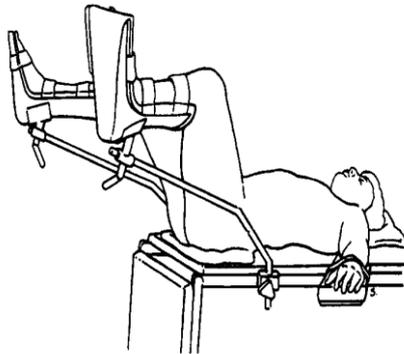


FIGURA 7

Em termos de complicações, tal posicionamento é mais frequentemente relacionado à lesões do nervo obturador, nervo cutâneo femoral lateral, nervo ciático, nervo femoral e nervo fibular. São descritas também trombose venosa profunda e síndrome de compartimento em membros inferiores.

3. Da Delimitação do Problema:

Do ponto de vista de incidência e frequência, um estudo retrospectivo envolvendo 50.000 cirurgias de todos os tipos identificou uma incidência de 0,14% de lesões neurológicas por posicionamento cirúrgico identificou uma taxa de incidência de 0,03% - 112 casos em 380.000 procedimentos²⁴. Esse mesmo estudo concluiu que as especialidades mais envolvidas com esse tipo de lesão são a neurocirurgia, a cirurgia cardíaca, a cirurgia geral e a ortopedia.

No caso da neurocirurgia, os procedimentos rotineiramente são realizados com os pacientes colocados em posições inabituais e por tempo prolongado, o que aumenta o risco de compressão ou estiramento de estruturas nervosas. Em relação à cirurgia cardíaca, o principal fator de risco envolve a esternotomia mediana, que implica em retração do esterno e conseqüente compressão ao plexo braquial. No caso da ortopedia, a cirurgia mais associada às LNPC é a prótese total de quadril, devido ao risco de estiramento do nervo ciático; e a artroplastia de joelho, com comprometimento indireto

do nervo fibular. Cirurgias gerais, urológicas ou ginecológicas que exigem posicionamento em litotomia também respondem por parte dos casos, especialmente envolvendo disfunções dos nervos dos membros inferiores.

Esse tipo de lesão intraoperatória resulta em significativa morbidade para o paciente em termos de disfunção e dor, além de considerável estresse para a equipe cirúrgica ante a possibilidade de consequências legais.

Dois amplos estudos da Sociedade Americana de Anestesia, conduzidos em 1990 e 1999, revelaram que as LNPCs constituem 15 e 16% (respectivamente) de todos os processos abertos contra médicos anesthesiologistas, sendo consideradas como a terceira causa mais comum desse tipo de litígio entre aqueles especialistas.

A revisão conduzida por Kroll e cols¹⁹ mostraram que dos 1541 processos judiciais abertos contra anestesistas, 227 (15%) decorriam de queixas relacionadas a posicionamento cirúrgico. O estudo de Cheney e cols⁸ revisaram 4183 processos, encontrando 670 casos em que a causa residia em suposto mal-posicionamento cirúrgico.

4. Dos Conceitos Jurídicos Aplicados aos Casos de LNPC:

Mal-prática médica conceitua-se, da maneira mais simplificada possível, na demonstração de conduta culposa por parte de profissionais médicos que necessariamente deva ser caracterizada como negligência, imprudência ou imperícia.

De um modo geral, para apresentar um caso *prima facie* de mal-prática médica, o requerente deve estabelecer os elementos básicos desse tipo de Ação, quais sejam: (1) o réu tinha o dever de cuidado com requerente (provando a relação médico-paciente – ou seja: o profissional demandado foi o efetivo responsável pelo posicionamento intraoperatório do paciente; ou aquele quem deveria vigiar esse posicionamento); (2) o réu violou esse dever (caracterizando a culpa – ou seja: que o padrão de conduta quanto ao posicionamento adequado foi violado); (3) o autor sofreu um dano (ou seja: comprova-se no caso telado uma existência de uma lesão de violou os direitos do vitimado); e (4) a violação do dever por parte do réu foi a causa real para o dano alegado (nexo causal – ou seja: a disfunção neurológica necessariamente deve ser correlacionada positivamente à um posicionamento vicioso intraoperatória)¹⁰.

O dano corporal (lesão neurológica) associado às LNPC parece óbvio, pois se não houvesse ocorrido, muito provavelmente a Ação não seria deflagrada. Mas nem sempre esse resultará em incapacidades permanentes, visto que muitas das disfunções neurológicas que seguem à posicionamento cirúrgico são transitórias, caracterizadas por neuropraxias ou axonotmeses⁹.

A relação estabelecida entre as partes nem sempre é óbvia. Ainda a princípio pareça óbvio que o cirurgião deveria ser responsabilizado diretamente pelo posicionamento operatório, não apenas a ele recai essa responsabilidade. Em especial nos Estados Unidos, de onde se dispõe de ampla jurisprudência acerca de processos que envolvam tema relacionado ao posicionamento cirúrgico, o médico mais frequentemente demandado é, em verdade, o anestesista¹⁷. E a principal justificativa reside no fato de que a esse corresponde a responsabilidade pela vigilância do paciente durante a realização de procedimentos invasivos. Ademais, também é de responsabilidade da equipe de enfermagem assegurar que a proteção do paciente durante o procedimento e garantir a sua monitorização adequada. Como se vê, recai sobre toda a equipe o dever de garantir a segurança do procedimento proposto – mormente a segurança do posicionamento cirúrgico – e não apenas ao cirurgião principal e/ou seus auxiliares²².

Um bom exemplo de como tal tipo de questionamento pode ser direcionado à profissional que não o cirurgião assistente reside no caso de *Dierolf vs. Hospital Doylestown e Outros (Pensilvânia - EUA)*³¹: o demandante alegou que sofreu uma lesão do nervo fibular (pé caído) após um procedimento maxilofacial em posição supina, com duração de mais de seis horas. O assistente técnico do autor alegou que o o anestesista réu poderia ter posicionado cintas de contenção excessivamente apertadas; que o o anestesista deveria ter colocado acolchoamento sob o joelho do requerente a fim mantê-los flexionados e evitar compressão do nervo fibular; e que a perna do demandante pode ter girado para fora durante o procedimento, exercendo pressão ao nervo por um longo período de tempo. O anestesista réu e seu assistente técnico alegaram que o uso de preenchimento sob o joelho estaria contraindicado ao caso concreto, visto que tal medida por si só apresenta potencial para causar pressão ao nervo fibular e/ou isquemia ao membro. O anestesista também pontuou que, embora não tenha sido capaz de verificar a pressão exercida pelas cintas de contenção porque os campos cirúrgicos estéreis as cobriam, inspecionou tais tiras antes do início do procedimento e não notou qualquer indicativo de aperto excessivo. A ação foi considerada improcedente.

Esse parece ser precisamente o entendimento da jurisprudência brasileira acerca do tema. O Acórdão da *Apelação Cível 8260004-64.2014.8.26.0004* do TJSP condenou tanto o médico cirurgião quanto o anestesista em virtude de perda visual do olho esquerdo em virtude de posicionamento prono para realização de uma cirurgia de laminectomia (descompressão da coluna vertebral). Os desembargadores concordaram que, em que pese a divergência estabelecida quanto a quem teria de fato posicionado a paciente no caso concreto, tal responsabilidade seria solidária a toda a equipe cirúrgica – incluindo o cirurgião, os seus auxiliares e o anesthesiologista.

Se o requerente for capaz estabelecer os elementos que caracterizam mal-prática, deve então provar os danos que busca por reparação. Isto pode incluir danos patrimoniais e extra-patrimoniais. De maneira geral, danos patrimoniais (materiais) são descritos como perdas objetivamente quantificáveis, tais como despesas médicas e lucros cessantes (incapacidade para o trabalho); enquanto que os danos não-patrimoniais (morais e estéticos) não podem ser quantificados objetivamente, que incluem dor, sofrimento, perda de relacionamento, perda de uma chance, etc²⁸. Ao tipo de situação abordada no presente estudo, poder-se-ia inclusive cogitar-se a aplicação dos termos do Artigo 402 do Código Civil, no que tange ao lucros cessantes. Noutro giro, também não se deve perder o norte precisamente regrado ao Artigo 944 do Código Civil, que estabelece que toda indenização mede-se pela extensão do dano: ou seja, a indenização deve ser proporcional ao dano produzido pelo agente.

Embora não sejam objetivamente quantificáveis, as indenizações por danos não-patrimoniais podem alcançar valores substanciais, a depender da gravidade da lesão provocada pelo mal-posicionamento cirúrgico. *Em Steele vs. Grupo de Anestesia Sanders, P.C. (Tennessee)*, o demandante foi submetido a uma laminectomia cirúrgica para tratamento de compressão da medula espinhal em seu pescoço. O cirurgião escolheu realizar a cirurgia na posição sentada. Quando acordou da anestesia, se encontrava paralisado do pescoço para baixo. Durante a instrução, os assistentes técnicos de ambos os lados concordaram que operar na posição sentada apresenta um risco aumento para ocorrência de lesão isquêmica da medular espinhal cervical e que uma pessoa cuja medula espinhal esteja sob compressão seria mais suscetível à ocorrência de tal uma lesão isquêmica intraoperatória. A sentença concedeu ao demandante US\$ 5.600.809,90 como indenização por danos extra-patrimoniais. O Tribunal de segunda instância sugeriu uma

redução do valor da sentença no valor de US\$ 800.000,00, o que reduziu o valor final da indenização por danos morais para US\$ 1.200.000³⁴.

Assim, parece claro que qualquer Ação cível que busque por indenização decorrente de danos neurológicos ocasionados por mal-posicionamento do paciente durante um procedimento médico deveria – ao menos em teoria - passar necessariamente pela demonstração do nexo causal entre uma ação culposa do profissional o desfecho clínico não-desejado. E a questão nodal reside na comprovação de que, no caso concreto, teria ocorrido uma quebra dos padrões de conduta.

O dever de cuidado do réu para com o autor é medido pelo denominado “*padrão de conduta*”. Em Ações que alegam suposta mal-prática médica, o padrão de conduta não deve ser medido pela perfeição dos atos praticados, mas sim pelas melhores práticas aplicada à situação vivenciada: nesse sentido, deve-se verificar se a conduta do réu foi adequada ante ao cenário clínico enfrentado. Tal padrão é checado, da melhor forma, por meio de comparação da conduta adotada pelo profissional com as determinações de protocolos clínicos estabelecidos, normas técnicas nacionais e internacionais e/ou literatura médico-científica especializada.

No caso do posicionamento cirúrgico, o padrão de conduta já se encontra muito bem estabelecido e consolidado por normas, protocolos e literatura científica. Tal padrão foi apresentado ao leitor ao tópico “*Dos posicionamentos cirúrgicos e suas potenciais complicações neurológicas*”. Conforme foi apresentado, a norma técnica já dispõe em detalhes qual deve ser o padrão ideal de conduta para cada tipo de posicionamento cirúrgico a fim de se prevenir a ocorrência de danos. Assim, o padrão de conduta recomendado por normas clínicas é muito fácil de ser determinado no caso de posicionamento cirúrgico, visto que são regras e recomendações de uso geral e internacional.

Mais frequentemente, os Juízes analisam a conduta individual com base em padrões de uso geral, ou seja, aqueles que podem ser aplicados em qualquer lugar e pela maioria dos atores envolvidos. No entanto, eventualmente alguns Julgadores poderão checar a adequação da conduta por meio de comparação com a prática mais usual adotada no local onde o réu atua, mesmo que essa divirja da prática mais aceita globalmente²¹.

A doutrina estabelecida em alguns estados americanos - tomando-se como exemplo - determina que o autor deve provar quais são as práticas reconhecidas como padrão aceitável para a especialidade médica demandada e que o réu desrespeitou tal padrão quando da produção do dano alegado. Para isso, deve obrigatoriamente basear os seus argumentos contidos em Exordial na opinião de testemunha (assistente técnico) com expertise confirmadamente suficiente para se manifestar – do ponto de vista técnico-científico - acerca do objeto da Causa²⁹.

Infelizmente, no Brasil tal exigência não é estabelecida. Basta ao demandante tão somente apresentar a sua versão dos fatos, suas opiniões a respeito de qual seria o padrão de conduta (muitas vezes nem isso) e seu entendimento quanto ao nexos causal estabelecido entre as ações/omissões do demandado e os danos alegados, para que a peça de ingresso seja acatada e a reclamação se torne um processo judicial regular.

Eventualmente, os demandantes tentam usar regras internas, políticas e protocolos de hospitais para estabelecer o padrão de atendimento, mas muitos tribunais consideraram que estas políticas, sem mais, não comprovam o padrão de conduta geral. Opinião de especialista e de as associações também, por si só, não são suficientes para estabelecer o padrão de conduta. Noutro giro, políticas internas do hospital e opinião de especialista podem ser utilizadas como forma de sustentação às alegações de peritos judiciais.

Um bom exemplo desse tipo de situação reside no caso *Padilla vs. Loweree (Texas)*³⁰. O autor alegou que havia sofrido uma lesão plexo braquial como resultado de posicionamento inadequado durante uma cirurgia ginecológica. Em apoio à sua afirmação, apresentou uma declaração juramentada de seu assistente técnico - um médico ortopedista - que afirmou que o cirurgião foi o responsável final pelo posicionamento do paciente; que o anestesista foi responsável pelo posicionamento do paciente enquanto o cirurgião estava operando; e que após o procedimento, tanto o cirurgião quanto o anestesista foram ambos responsáveis pelo monitoramento e cuidados prestados. Os réus apresentaram um pedido de Inépsia da Inicial com base na alegação de que o assistente técnico do autor não seria qualificado para opinar acerca do padrão de conduta quanto aos cuidados associados ao posicionamento de um paciente durante o procedimentos ginecológicos. O pedido foi rejeitado com base no argumento de que “*o posicionamento adequado e acolchoamento do braço do paciente durante procedimento cirúrgico ginecológico não é assunto exclusivamente restrito ao conhecimento ou experiência de*

um médico especializado em tal cirurgia.” Esse conclusão parece basear-se na percepção de que os princípios de posicionamento são gerais e aplicáveis tanto a procedimentos cirúrgicos ortopédicos quanto ginecológicos. O caso foi autorizado a prosseguir. De acordo com os registros desse caso, o anestesista foi posteriormente demitido pelo hospital, que firmou acordo extra-judicial com o demandante.

Assim, com este pano de fundo, não é de surpreender que a jurisprudência reflita uma variedade de opiniões de jurisperitos acerca do padrão de conduta relacionado ao posicionamento intraoperatório do paciente. Ao que princípio pareceria óbvio quanto ao padrão de conduta em demandas que questionam o posicionamento operatório— ou seja, que esse já deveria estar consagrado com base em literatura científica consolidada — ocasionalmente a norma técnica é deixada de lado em nome de um julgamento com base em opinião pessoal de peritos pouco afeitos ao *múnus*.

5. Da doutrina do Dano Presumido (“*res ipsa loquitur*”) e as LNPC:

Se demonstrar qual é o padrão de conduta nesse tipo de situação nem sempre parece óbvio (tal como o deveria ser), comprovar a culpa (ou seja, que o profissional se afastou do padrão) mostrar-se-ia tarefa ainda mais complicada. Esta questão normalmente exigiria apoio de assistente técnico afeito à análise técnico-científica do caso concreto; porém tal conduta passa longe da regra notada nos processos em trâmite nos Tribunais brasileiros. Os demandantes muitas vezes procuram, a fim de se esquivar do ônus da prova, invocar a doutrina da “*res ipsa loquitur*” (ou simplesmente “*in re ipsa*”) para justificar os danos alegados.

Imperioso reforçar que, nesse tipo de situação, claro que na seara da responsabilidade civil a regra geral é a subjetiva, a qual depende da comprovação de culpa. Entretanto, no tema central estamos diante de autêntica relativização dessa culpa, na medida em que o dano presumido dispensa a necessidade de prova do dano, posto que presumido.

In re ipsa, em tradução livre significa “*da própria coisa*” ou “*a coisa fala por si*”, ou seja, aquilo inerente ao próprio fato em si, o que de forma resumida quer dizer que em certas situações (tais como vícios encontrados em um produto ou o defeito de um serviço) os danos são presumidos, sendo que os prejuízos são inerentes do fato em si. Apesar de não existir restrição dentro do Direito, a esfera onde mais se utiliza a referida teoria é no

Direito do Consumidor. Pelo próprio objeto, os danos, quando presentes, são presumidos nas relações de consumo, principalmente pela hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor de produtos e serviços, bem como pelo que prevê o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que trata da responsabilidade, independentemente da existência de culpa, por parte daqueles presentes na cadeia de consumo, sejam como fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro ou importador. Isso significa dizer que, pelo fato do consumidor não ter os mesmos meios de provar e se defender que o fornecedor, algumas situações e alguns defeitos, por si só, presumem a ocorrência de dano e induzem a devida reparação¹².

No Brasil, considera-se dano presumido – chamado dano moral “*in re ipsa*” – quando o evento danoso é elemento suficiente para atestar a existência do prejuízo, dispensando, portanto, a apresentação de arcabouço probatório apto a comprovar a existência do dano¹¹.

Por dano *in re ipsa* compreende-se o prejuízo concretizado pela mera violação de um interesse juridicamente protegido. É um dano por si, independente de outras consequências e que coincide com a própria lesão. Traz simultaneidade entre ofensa e prejuízo, que não se verifica como subsequente, justamente porque a conduta que viola o direito traz o potencial de gerar o dever de indenizar. Parte da doutrina refere que o dano *in re ipsa* está enquadrado na classe dos danos-evento, ou seja, “*um dano ínsito à lesão*”, na qual a mera violação de um direito configuraria um dano por si e, portanto, presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, deveria ser indenizado²⁶. Para Cavalieri Filho, o dano *in re ipsa* “*deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral*”²⁷. No mesmo diapasão, pontuou a Ministra Nancy Andriahi, relatora do Resp n. 1.642.318²⁷ que, “*(...) em diversas circunstâncias, não é realizável a demonstração de prejuízo moral, bastando a simples causação do ato violador e, nesse sentido, fala-se em damnum in re ipsa, revestido de presunção absoluta que dispensaria prova em concreto*”.

Com base nessa doutrina, o Juízo poderia teoricamente inferir que um réu atuou de maneira culposa mesmo que o autor não seja capaz de comprovar o que realmente aconteceu, caso esse último demonstre que o tipo de dano normalmente não ocorreria naquele tipo de situação e sem que o réu tenha desvirtuado das boas práticas (não lhe sendo necessário comprovar como exatamente ocorreu a alegada má-prática). A “*re*

ipsa” não estabelece de forma conclusiva que o réu foi negligente, imperito ou imprudente; mas admite que o Magistrado faça esta inferência a partir das circunstâncias apresentadas.

Esta abordagem procesual vem sendo rotineiramente usada em casos envolvendo disfunções neurológicas por posicionamento cirúrgico, talvez porque esses tipos de comprometimento funcional não costumam seguir ao tipo de cirurgia em que ocorrem³⁷. Nesse sentido, o defeito do serviço se caracterizaria pela própria existência do dano corporal (disfunção neurológica), traduzindo imediatamente esse dano corporal em dano extrapatrimonial do tipo “*in re ipsa*”.

E, do ponto de vista técnico-científico, tal argumento é de fato válido.

As LNPC correspondem a causas importantes e potencialmente preveníveis de morbidade cirúrgica. Caracterizam-se por sinais e sintomas anatomicamente congruentes e topograficamente relacionados a uma ou mais determinadas estruturas nervosas, que se manifestam exclusivamente após uma cirurgia e com essa não estabelece nexos causal direto (ou seja, não foram provocados pela manipulação ou lesão direta de estruturas neurais durante o ato operatório).

Do ponto de vista fisiopatológico (melhor dito, etiológico), o mecanismo envolvido na maioria desse tipo de lesão refere-se a um posicionamento vicioso do paciente durante a cirurgia, o que causa estiramento e/ou compressão de estruturas do sistema nervoso central ou periférico, com conseqüente isquemia dessas estruturas. Tal constatação, ainda que na maioria dos casos de modo empírico, caracteriza a base técnico-científica adotada pelos demandantes para suportar as alegações por “*erro médico*”, supostamente comprovado com a aplicação da doutrina do dano moral *in re ipsa* à Ação proposta.

Com base nesse princípio fisiopatológico, a ocorrência de disfunção neurológica decorrente de um posicionamento intra-operatório, visto a sua previsibilidade e possibilidade de prevenção (desde que se cumpram as exigências do padrão de conduta para o posicionamento eleito) caracterizariam eventos adversos em saúde do tipo preveníveis. E, justamente pela sua previsibilidade e potencial de prevenção com a adoção de padrão de conduta postulado em norma técnica, entender-se-ia simultaneidade entre ofensa e prejuízo, justamente porque a conduta que viola o direito (ou seja, um

posicionamento intra-operatório inadequado ou não vigiado com cuidado) traria invariavelmente o potencial de gerar o dever de indenizar.

Tal entendimento foi empregado como forma de confirmar condenação dos réus na *Apelação Cível 20208260114* (Campinas), em que parte autora se submeteu a uma cirurgia na mandíbula e acabou desenvolvendo uma disfunção do nervo fibular por posicionamento supino (pé caído). O laudo pericial foi conclusivo em estabelecer nexos causal entre a ruptura do dever de vigilância do médico anestesista no que importava ao posicionamento dos membros inferiores e dano alegado. Ao mesmo tempo, não foi capaz de delimitar precisamente de que maneira o réu teria descumprido o dever de vigilância e colaborado para o desenvolvimento da lesão. Ou seja: a conduta culposa foi inferida com base exclusivamente no reconhecimento do dano corporal. Sendo o dano corporal traduzido em dano moral “*in re ipsa*”, ou seja, tomando por base a teoria dos danos presumidos.

Da mesma forma tratou o entendimento pericial do dano corporal/estético estabelecido no *Processo 0715163-38.2022.8.07.0001* do TJDF. *In casu*, um menor foi submetido a cirurgia para remoção de uma neoplasia localizada na parte posterior do cérebro, procedimento que exigiu posicionamento em pronação por tempo prolongado. A criança apresentou uma extensa queimadura no nariz decorrente de pressão contra a mesa cirúrgica determinada pelo posicionamento cirúrgico. O Laudo Pericial corroborou a ocorrência de dano estético e estabeleceu nexos causal deste com o posicionamento cirúrgico, mas não foi capaz de identificar a precisa conduta que determinou o dano. O perito empregou o argumento de que a queimadura seria, por si só, prova da má conduta da equipe médica no que importava ao posicionamento da cabeça. Ou seja: nesse caso, o evento adverso constatado falou por si só (“*res ipsa loquitur*”).

Imperioso ressaltar que – conceitualmente – o termo “*evento adverso*” é definido pela OMS (Organização Mundial de Saúde) como incidentes que resultam em danos não-intencionais decorrentes da assistência e não relacionados à evolução natural da doença de base do paciente¹⁴. Tais eventos adversos podem ser classificados com evitáveis (ou preveníveis) e não-evitáveis (ou não-preveníveis). Apenas os eventos adversos ditos evitáveis adotam o mesmo significado de “*falha técnica*”, “*erro*”, ou inobservância da norma técnica¹⁶.

Assim, sob uma ótica fisiopatológica precipitada e rasa, visto que as lesões ora em debate resultariam tão somente de compressões ou estiramentos de estruturas nervosas decorrentes de posicionamento inadequado do paciente, caracterizar-se-ia as LNPC como evento adverso prevenível e, por isso mesmo, decorrente de uma falha técnica. Justificando o argumento por dano “*in res ipsa*”.

Interessante é que tal premissa técnica já foi adotada em Tribunal pátrio como forma de excluir a falha técnica. O acórdão da Apelação Cível 8260053-17.2004.8.26.0053 do TJSP confirmou a sentença por improcedência da Ação em uma Causa em que autora, quando submetida a uma cirurgia de prótese total de quadril, teria desenvolvido uma lesão do nervo ciático decorrente o posicionamento intraoperatório. Os desembargadores entenderam que a lesão teria sido provocada por um estiramento intra-operatório do nervo e que tal estiramento não configuraria “*erro médico*”, mas sim risco inerente ao procedimento. E, com base nessa premissa, afastaram a culpa dos profissionais demandados.

O entendimento jurisprudencial acima citado já lança luz sob uma visão jurídica completamente contrária à doutrina da “*res ipsa loquitur*” que também pode ser aplicada às LNPC.

Em verdade, o desenvolvimento de comprometimento neurológico após cirurgias não necessariamente resulta do mal-posicionamento intra-operatório do paciente em todos os casos. E os advogados que atuam na defesa profissional devem estar atentos a esse fato. Em especial, deve-se dar atenção à fatores intrínsecos à biologia individual ou à culpa de terceiros, condições essas que também apresentam potencial para responder como causa para o dano constado e devem ser investigadas caso a caso.

Nesse diapasão, as principais causas ou fenômenos fisiopatológicos envolvidos no surgimento de disfunções neurológicas pós-operatórias, mesmo que o paciente tenha sido posicionado, protegido e vigiado de forma diligente, são as seguintes:

- Doenças que afetam a microvasculatura de nervos (tal como diabetes mellitus, doenças reumatológica, hipotireoidismo, dentre outras) podem determinar disfunções neurológicas no período pós-operatório mesmo tendo o paciente sido posicionado adequadamente.

- Da mesma forma a existência de neuropatias, radiculopatias e/ou mielopatias pré-existentes e/ou sub-diagnosticadas.

- Hábitos de vida também podem aumentar o risco para o desenvolvimento de disfunções neurológicas pós-operatórias, tais como abuso de álcool ou outras drogas; ou tipo de trabalho (por exemplo, coletores de verduras apresentam, com alguma frequência, sinais de lesão crônica ao nervo fibular que podem passar despercebidos em investigação pré-operatória), obesidade e uso de tabaco.

- Variantes anatômicas podem também concorrer para a manifestação desse tipo de lesão (em especial na região do desfiladeiro torácico); da mesma forma mecanismos compressivos à medula crípticos (exemplo: estenose do canal vertebral) podem manifestar sintomas no período pós-operatório ainda que a melhor técnica de posicionamento seja aplicada.

- Tempo prolongado de internação hospitalar antes do procedimento cirúrgico é relacionado com maior risco de disfunção neurológica pós-operatória; uso inadequado de torniquetes durante a cirurgia pode promover lesão nervos periféricos sem que o posicionamento tenha dado causa ao dano.

- Ainda mal-nutrição, hipovolemia, desidratação, hipotensão, hipóxia e distúrbios hidro-eletrolíticos são fatores que concorrem para o aparecimento de déficits pós-operatórios que não necessariamente devam ser relacionados ao posicionamento cirúrgico.

- Fatores anestésicos também podem concorrer para o desenvolvimento de sintomas neurológicos pós-operatórios em associação ao posicionamento cirúrgico: a redução do tônus muscular proporcionada pela anestesia geral ou espinal pode reduzir a capacidade de proteção natural de estruturas nervosas, fazendo que mesmo posicionamentos adequados cursem com disfunção pós-operatória¹⁸.

Sob essa ótica, em se comprovando a participação do elemento imponderável e imprevisível ao desenvolvimento do evento adverso – tais como o risco inerente do tipo de posição assumida para o procedimento proposto, a condição biológica preexistente, os hábitos de vida, etc - esse não mais pode ser analisado sob o aspecto prevenível ou evitável. Com isso, configura-se um evento adverso não-prevenível, descaracterizando a falha técnica.

Tal entendimento, por óbvio que também se alinha à teoria da responsabilidade subjetiva, que deve ser aplicada aos casos que envolvam apuração de responsabilidade civil de profissionais médicos.

Ao identificar um ou mais desses fatos modificativos (extintivos ou impeditivos) do direito do autor, o réu seria capaz refutar a inferência por “*res ipsa loquiritur*” apresentando provas de que não atuou com culpa ou de que o dano não resultou de qualquer mal-prática. Por exemplo, provando que a lesão objeto da controvérsia corresponderia a um risco inerente do procedimento cirúrgico enfocado (Fato de Técnica) ou por caso fortuito (por exemplo, a existência de uma variante anatômica).

Um excelente exemplo desse tipo de argumento extrai-se dos argumentos apresentados pelo assistente técnico do réu junto ao *Processo 0003142-90.2020.8.16.0001* do TJPR. A parte autora alegou que foi submetida à cirurgia de lipoaspiração, quando adotou posição prona, seguida de posição supina. E que após tal procedimento cursou com comprometimento funcional do membro superior esquerdo por lesão do plexo braquial decorrente, supostamente, de mal posicionamento intraoperatório. Apresentou, como prova da existência do dano alegado, laudos de exames complementares (eletro-neuromiografia e RNM de plexo braquial). Invocou a doutrina “*in re ipsa*” em relação ao dano reclamado, já que não seria capaz de demonstrar qual teria sido a precisa ação ou inação dos réus que teria determinado a lesão neurológica. O assistente técnico do cirurgião plástico, analisando a prova produzida pela própria autora (RNM do plexo braquial) foi capaz de identificar a existência de uma variante anatômica referente à estrutura nervosa afetada, com potencial para determinar o dano queixado. E que tal comprometimento neurológico somente se manifestaria precisamente caso a autora fosse submetida à anestesia geral (devido a redução do tônus muscular, com redução da capacidade de proteção natural de estruturas nervosas). Com base nesse argumento, a Defesa Técnica alegou excludente de responsabilidade civil na forma de um Caso Fortuito, refutando a teoria do dano presumido.

Outro exemplo desse tipo de situação resta estabelecido no caso de *Fitzgerald v. Hospital El Camino (Califórnia)*³², quando o autor alegou que durante uma cirurgia simpatectomia dorsal toracoscópica, seu braço teria caído do suporte e determinando uma lesão do plexo braquial. A primeira instância sentenciou a favor do réu. O autor recorreu, alegando que se tratava de situação típicas de dano *in re ipsa* porque o réu não teria sido

capaz de refutar a inferência de negligência. O Tribunal afirmou o veredicto, concluindo que houve comprovação técnica de que a lesão de plexo braquial corresponde a risco inerente ao tipo de cirurgia realizada no caso concreto.

Da mesma forma foi julgada a *Apelação Cível Nº 900.743-8*, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. O autor, após submeter-me a cirurgia ortopédica para correção traumática do menisco (por luxação do joelho), cursou com uma lesão no nervo fibular, alegando mal-posicionamento do membro operado e, com isso, invocando pela aplicação do conceito “*in res ipsa*” ao dano reclamado. A perícia médica concluiu que a lesão do nervo fibular corresponderia a risco inerente ao procedimento executado. Com base nesse Laudo Pericial, os desembargadores concluíram por afastar a hipótese de erro imputado ao cirurgião e ao hospital, no que importa à técnica cirúrgica e posicionamento intra-operatório.

O estudo de Cheney e cols (1999)⁸ revisou 4183 processos, encontrando 670 casos em que a causa de pedir residia em suposto mal-posicionamento cirúrgico. Esse último estudo identificou sentença condenatória em cerca de 38% dos casos; sendo a principal causa para a condenação o estabelecimento de relação temporal francamente positiva entre o ato cirúrgico e a disfunção neurológica que o seguiu, entendendo o Julgador que tal relação temporal corresponderia à prova indiscutível de que algo foi feito de maneira inapropriada durante a cirurgia: uma aplicação direta da doutrina “*res ipsa liquitur*”.

Já nos casos em que sentença foi favorável ao réu (62%), a documentação de prontuário médico meticulosamente preenchida foi considerada como a principal prova que baseou a decisão. Tal resultado indica que, nesse tipo de demanda, não basta apenas apresentar provas de uma adequada descrição dos atos intraoperatórios: visto que muitas das LNPC não são provocadas por compressão ou estiramento de estruturas nervosa, mas sim por fatores intrínsecos ao paciente e/ou ao próprio ato cirúrgico, é preciso também atenção quanto ao minucioso relato desses tipos de condições clínicas ao prontuário médico.

6. Do Consentimento Informado e as LNPC:

As alegações judiciais por mal-prática médica são, não infrequentemente, acompanhadas de reclamações por falta de consentimento informado. Esse tipo de

situação normalmente envolvem Causas em que o paciente verdadeiramente autorizou um determinado procedimento, mas afirma que o médico não o informou de algum ou de todos os riscos envolvidos.

E tal situação é muito bem visualizada nos casos que envolvem alegação por suposto mal-posicionamento cirúrgico, visto a absoluta imprevisibilidade inesperabilidade desse tipo de dano.

Na grande maioria das vezes, o cirurgião e o anestesista – e até mesmo o próprio nosocômio – já incluem em seus Termos de Consentimento os riscos envolvidos e potenciais complicações associadas à técnica terapêutica proposta. Mas complicações não advindas da própria técnica muitas vezes são negligenciadas e podem passar esquecidas.

Nesse caso, ainda que o réu seja capaz de comprovar não ter atuado com culpa ou que o dano recaia sobre as situações de excludentes de responsabilidade civil, poderia ainda ser condenado por deficiência do Dever de Informar, caso o autor estabeleça nexos causais entre não-divulgação da informação e o dano alegado. Tal análise depende, por óbvio, de quem julga a Ação e varia entre os Tribunais pátrios. Para determinar a adequação ou não de um Consentimento, alguns Tribunais questionam se os riscos não-revelados seriam tais que “*poderiam influenciar o homem médio a tomar uma decisão de recusar consentimento.*” Outros se concentram em avaliar se “*as informações fornecidas ao paciente se desviaram do costume para a prática habitual em casos similares*”³⁵.

No que diz respeito à causalidade, a maioria dos Julgadores aplica uma teoria objetiva: “*Um Termo de Consentimento adequado deveria ser suficiente para esperar-se que a sua divulgação causaria (em uma pessoa prudente estando na posição de paciente) recusa ao tratamento oferecido devido à revelação do tipo de risco ou perigo envolvido*”. Já uma minoria aplica a teoria subjetiva, em que a causalidade é estabelecida apenas com base no testemunho do paciente de que ele não teria consentido ao procedimento caso houvesse sido alertado quanto ao risco envolvido.

O consentimento informado tem sido um problema em vários de casos envolvendo alegações por disfunção neurológica em virtude de suposto posicionamento cirúrgico. Em *Foster vs. Idaho*³³, o autor pediu indenização contra um anestesista alegando que ele havia experimentado uma neuropatia óptica isquêmica posterior bilateral (PION) após uma cirurgia espinhal (devido ao posicionamento com a cabeça para baixo, apoiada contra a

mesa cirúrgica). A Suprema Corte do Estado de Idaho concluiu que, com base nas declarações dos respectivos assistentes técnicos das partes, de fato assistia razão ao reclamante em afirmar que a lesão ocorrera em virtude de não ter sido alertado de que tal cirurgia poderia resultar no dano constatado. Baseou a sentença condenatória no fato da perícia judicial ter demonstrado que a PION (dano) pode ser constatada em uma certa porcentagem de pacientes após cirurgia espinhais em posição prona (pois se caracteriza como risco inerente desse procedimento). Assim, com base nesse laudo pericial, a Corte concluiu que o autor sofreu um dano com previsão em literatura científica e, exatamente por esse motivo, deveriam os réu ter-lhe alertado quanto a esse risco. Trata-se de caso emblemático, em que um suposto excludente de responsabilidade civil (Fato de Técnica) foi adotado como justificativa para condenar o réu por não ter cumprido o Dever de Informar. E demonstrando o risco envolvido com a questão do Consentimento Informado nesse tipo de demanda jurídica.

No mesmo diapasão, o caso já comentado referente à *Apelação Cível Nº 900.743-8*, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, é bastante exemplificativo quanto aos riscos envolvidos com o Dever de Informar quando a controvérsia envolve danos relacionados por posicionamento cirúrgico. O mesmo Tribunal que considerou improcedente a alegação de danos decorrente de ato ilícito quanto à execução do procedimento cirúrgico, condenou os réus por descumprimento do Dever de Informar. De acordo com o entendimento daquela egrégia Turma, visto o cirurgião não ter colhido Termo de Consentimento para a cirurgia proposta, concluíram os desembargadores que ainda que não tenha cometido falha no que tange à técnica do posicionamento e execução do ato operatório, o réu falhou ao não cientificar o requerente quanto a possibilidade de que a posição assumida pelo joelho quando da realização da artroscopia poderia resultar em comprometimento da função do nervo fibular.

Parece claro que, mormente nos procedimentos que exigem posicionamentos inabituais (exemplo: posição lateral ou sentada) ou naqueles envolvidos com maior risco para desenvolvimento de lesão em decorrência da própria posição intraoperatória adotada (exemplo: posição prona), os TCLEs devam fazer referência específica a esse tipo de risco envolvido. Tal recomendação ganha ainda mais relevância caso seja possível identificar, antes da cirurgia, fatores clínicos ou hábitos de vida que aumentem as chances para ocorrência desse tipo de evento adverso. Nesses casos, mostra-se ainda mais importante elencar ao Termo de Consentimento o(s) fator(es) de risco identificado(s) e

relacioná-lo(s) à chance de desenvolvimento de déficit neurológico pós-operatório, mesmo que a posição cirúrgica seja adotada de maneira diligente.

7. Notas Conclusivas:

As lesões neurológicas decorrentes de posicionamento do paciente durante procedimentos médicos apresentam substancial potencial para se tornarem litígio. O resultado do julgamento não infreqüentemente será baseado na doutrina “*res ipsa loquitur*”, porque o padrão de conduta para se prevenir e evitar esse tipo de dano já se encontra bem cimentados em protocolos clínicos fartamente conhecidos mundialmente e, por esse motivo, o dano reclamado poderá ser eventualmente presumido. No entanto, a ocorrência de LNPC não indica invariável condenação. Conforme se demonstrou, são inúmeras as situações que caracterizam fatos modificativos do direito alegado, com potencial para descaracterizar a culpa do agente e que devem ser investigadas quando da defesa do profissional demandado. Ademais, mormente nos casos em que o procedimento proposto exige o posicionamento inabitual do paciente ou que esse apresente fator de maior risco para o desenvolvimento desse tipo de lesão, tal(is) circunstância(s) deve(m) necessariamente restar(em) expressamente incluída(s) ao Termo de Consentimento escrito.

8. Referências Bibliográficas:

1. AUSMAN JI. **Medico-legal aspects of neurosurgical practice.** Surgical Neurology. 2003; 59: 345-347.
2. BALASA A, HURGHIS CI, TAMAS F, CHINEZU R. **Patient Positioning in Neurosurgery, Principles and Complications.** Acta Marisiensis - Seria Medica 2020;66(1):9-14.
3. BRASIL ESA, JUNIOR JMS. **Lesões de nervos causadas por posicionamento no intraoperatório.** Rev. Cient. Iamspe. 2022;11(3): 61-67.

4. BRITO JS, LACERDA ID, CASTRO M, GUARIENTI M. **Complicações associadas à posição prona na neurocirurgia: uma revisão sistemática.** Arq Med Hosp Fac Cienc Med Santa Casa São Paulo 2021; 66: e020.
5. CANAL Raul. **Decisões sobre Erro Médico no STJ.** Anadem Website. Disponível em: <http://anadem.org.br/site/deciso-es-sobre-erro-medico-no-stj>, Acessado em 15 de abril de 2019.
6. CASTELLANOS BEP, FERRAZ ER. **Surgical positions and their implications in nursing care.** Rev. Esc. Enf. USP 1980; 14(1):73-82.
7. CAVALIERI FILHO S. **Programa de responsabilidade civil.** 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
8. CHENEY FW, DOMINO KB, CAPLAN RA, POSNER KN. **Nerve injury associated with anesthesia: a closed claims analysis.** Anesthesiology 1999; 90(4): 1062-1069.
9. COLLI BO. **Aspectos Gerais das Lesões Traumáticas Agudas dos Nervos Periféricos.** Em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5477197/mod_resource/content/6/texto1.pdf. Acessado em 08 de janeiro de 2024.
10. FLEMA R. **Medical malpractice: a dilemma in the search for justice.** Marq L Rev. 1985; 68(2):240–242.
11. HAIKAL B, BECKER D, MARINI L. **CJEU e STJ: ausência de danos morais presumidos em incidentes de segurança.** Em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-15/opiniao-danos-morais-presumidos-incidentes-seguranca>. Acessado em 09 de janeiro de 2024.
12. HENRIQUETA T. **STJ e os danos in re ipsa no direito do consumidor.** Em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-30/tamara-henriqueta-danos-in-re-ipsa-direito-consumidor>. Acessado em 09 de janeiro de 2024.

13. <https://ead.sma.com.br/posicionamentocirurgico/#:~:text=Os%20riscos%20apresentados%20a%20um,press%C3%A3o%20e%20capacidade%20pulmonar%20diminu%C3%ADda>. Acessado em 08 de janeiro de 2024.

14. <https://portal.fiocruz.br/noticia/proqualis-ganha-pagina-sobreeventosadversos#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde,doen%C3%A7a%20de%20base%20do%20paciente>. Acessado em 13 de fevereiro de 2023.

15. HUSET EH. **Legal Issues in Patient Positioning**. In: Arthur A e cols. Perioperative Considerations and Positioning for Neurosurgical Procedures. Springer Int. Pub., Suíça: 265-78, 2018.

16. INSTITUTE OF MEDICINE. **To err is human: building a safer health system**. Washington DC: National Academy Press; 2000

17. JENA AB, SEABURY S, LAKDAVALLA D, CHANDRA A. **Malpractice risk according to physician speciality**. New England Journal of Medicine 2011; 365: 629-636.

18. KRETSHMER T e HEINEN C. **Iatrogenic injuries of the nerves**. In: Tubbs S e cols: Nerves and Nerve Injury. Vol. 2. Ed. Elsevier: 557-585, 2015.

19. KROLL DA, CAPLAN RA, POSNER K, WARD RJ, CHENEY FW. **Nerve injury associated with anesthesia**. Anesthesiology 1990; 73(2): 202-207.

20. LALKEN AG. **Perioperative Peripheral Nerve Injuries Associated with Surgical Positioning**. In: Tubbs S e cols: Nerves and Nerve Injury. Vol. 2. Ed. Elsevier: 587-602, 2015.

21. LEWIS MH, GOHAGAN JK, MERENSTEIN DJ. **The locality rule and the physician's dilemma**. JAMA 2007;7(23):2635.

22. MARTIN JT. **General principles of safe positioning**. In: Martin JT, Warner MA, editors. Positioning in anesthesia and surgery. 3rd ed. Philadelphia: W. B. Saunders, 1997.

23. MENEZES TRF. **Erro médico e Iatrogenia: causa de exclusão da responsabilidade médica?** Escola da Magistratura do EstadodoRiodeJaneiro.2010.Em:https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/tulamenezes.pdf. Acessado em 14 de abril de 2019.
24. PARKS BJ. **Postoperative Peripheral Neuropathies**. Surgery 1973; 74(3): 348-57).
25. **Posição cirúrgica: entenda o que são e a importância.** Em: <https://medicalway.com.br/blog/posicaoocirurgica/#:~:text=Posi%C3%A7%C3%A3o%20prona&text=O%20t%C3%B3rax%20deve%20ficar%20apoiado,ligeiramente%20flexionados%20e%20bem%20acomodados>. Acessado em 02 de março de 2023.
26. SOARES FR. **Dano Presumido e Dano In Re Ipsa – Distinções Necessárias**. Revista IBERC 2023; 6 (1), p. 04-10.
27. STJ. 3ª. Turma. **Resp n. 1.642.318. J. em 07.02.2017**. Relatora Ministra Nancy Andrighi.Em:https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1568626&num_registro=201602091656&data=20170213&formato=PDF. Acessado em 07 de janeiro de 2024.
28. TOMBOLLI DA. **Responsabilidade Civil, Penal e Administrativa do Médico**. Em: Epiphanio EB e Vilela JRPX. *Perícias Médicas – Teoria e Prática*. Ed Guabara Loogan: 31-50, 2009.
29. USA. Tenn. Code Ann. § 29-26-115 (2017).
30. USA. **Padilla v. Loweree**, 354 S.W.3d 856 (Tex. App. 2011).
31. USA. **Dierolf vs. Doylestown Hosp., et al. Pennsylvania**. Jury verdict review & analysis 1989;7(5).

32. USA. **Fitzgerald v. El Camino Hosp.**, No. H032094, 2009 Cal. App. Unpub. LEXIS 7181 (Cal. Ct. App. Sept. 3, 2009).
33. USA. **Foster vs. Traul**, 175 P.3d 186, 192 - Idaho 2007.
34. USA. **Steele v. Ft. Sanders Anesthesia Group, P.C.**, 897 S.W.2d 270 - Tenn. Ct. App. 1994.
35. VIEIRA IA. **O Caos da Medicina**. Editora CEAT. 2019.
36. WELCH MB, BRUMMENT CM, WELCH TD, TREMPER KK, SHANKS AM. **Perioperative peripheral nerve injuries: a retrospective study of 380.680 cases during a 10-years period**. *Anesthesiology* 2009; 111(3): 490-497
37. WHITE KJ. **Medicolegal considerations**. In: Martin JT, Warner MA, editors. *Positioning in anesthesia and surgery*. 3rd ed. Philadelphia: W. B. Saunders: p. 330, 2017.