

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL AOS CASOS DE  
ERRO MÉDICO**

NATÁLIA FREITAS SANTOS

Rio de Janeiro

2021

NATÁLIA FREITAS SANTOS

**A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL AOS CASOS DE  
ERRO MÉDICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da professora doutora Daniela Silva Fontoura de Barcellos.

Rio de Janeiro

2021

### CIP - Catalogação na Publicação

SS237a Santos, Natália Freitas  
A aplicabilidade da Responsabilidade Civil aos  
casos de Erro Médico / Natália Freitas Santos. --  
Rio de Janeiro, 2021.  
63 f.

Orientador: Daniela Silva Fontoura de Barcellos.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Responsabilidade Civil. 2. Erro Médico. 3.  
Responsabilidade Médica. I. Barcellos, Daniela  
Silva Fontoura de, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos  
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

NATÁLIA FREITAS SANTOS

## **A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL AOS CASOS DE ERRO MÉDICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Daniela Silva Fontoura de Barcellos.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientadora:

---

Membro da Banca:

---

Membro da Banca:

---

Rio de Janeiro

2021

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus por sempre me mostrar a melhor trajetória a ser seguida e me sustentar, mesmo quando acreditava não ser possível devido a tantas provações.

Aos meus pais, Angélica e Nivaldo e a minha querida avó Aida, por toda dedicação e amor que sempre tiveram por mim, além de me ensinarem que buscar conhecimento é a melhor das virtudes humanas.

A minha irmã Amanda, por compartilhar os melhores e piores momentos da minha vida, sempre presente e me incentivando a conquistar todos os meus sonhos.

Ao meu marido Rubem, por todo carinho, amor e paciência comigo. Por estar sempre ao meu lado me incentivando a trilhar o caminho do sucesso e da felicidade. Obrigada por toda a parceria e dedicação nessa jornada e por fazer parte da minha vida.

A todos os Mestres que participaram da minha formação acadêmica e que me ensinaram a construir as bases necessárias para atingir os meus objetivos profissionais.

Finalmente, agradeço ao meu filho Matheus, pelo companheirismo ao redigir essa monografia. Obrigada por me permitir concluir mais essa etapa da minha vida. Não vejo a hora de te conhecer.

## **RESUMO**

A presente monografia tem como objetivo abordar a aplicabilidade da responsabilidade civil aos casos de culpa médica. Primeiramente, serão analisadas a responsabilidade contratual e subjetiva dos médicos e a sua configuração em obrigação de meio e não de resultado. Posteriormente, serão analisados o conceito de erro médico pelo direito e a necessidade de culpa provada. Por fim, serão analisados casos de erro médico no Brasil e a aplicação da responsabilidade civil pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelos últimos 5 anos.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil; Médicos; Erro Médico; Culpa Médica.

## **ABSTRACT**

This paper aims to address the applicability of civil liability to medical fault cases. First, the contractual and subjective responsibility of doctors and their configuration as an obligation of means and not of results will be analyzed. Subsequently, the concept of medical error by law and the need for proven guilt will be analyzed. Finally, cases of medical error in Brazil and the application of civil liability by the Superior Court of Justice and the Court of Justice of the state of Rio de Janeiro for the last 5 years will be analyzed.

Keywords: Civil Liability; Doctors; Medical error; Medical Guilt.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	8
2 FUNDAMENTOS LEGAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS .....	9
2.1 Conceito de Responsabilidade Civil .....	9
2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil .....	14
2.2.1 Conduta Humana.....	15
2.2.2 Dano .....	16
2.2.3 Nexo causal.....	18
2.2.4 Dolo ou Culpa .....	20
2.3 Natureza Contratual da Relação.....	21
2.4 Obrigação de Meio e de Resultado .....	23
2.5 Responsabilidade Médica Subjetiva .....	26
2.6 Responsabilidade das Clínicas e dos Hospitais .....	30
2.7 A Responsabilidade das Operadoras de Planos de Saúde .....	33
2.8 Direitos e Deveres profissionais dos médicos .....	35
3 ERRO MÉDICO .....	39
3.1 Conceito.....	39
3.1.2 Erro Profissional, Erro de Diagnóstico e Iatrogenia .....	40
3.2 Culpa Strictu Sensu .....	43
3.3 Aplicabilidade dos Excludentes da Responsabilidade Civil .....	47
3.3.1 Caso fortuito e Força maior .....	48
3.3.2 Culpa da Vítima .....	49
3.3.3 Fato de Terceiro .....	50
3.3.4 Cláusula de Não Indenizar.....	51
3.4 A Responsabilidade Civil por Erro Médico nos Casos Concretos .....	53
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	60
5 REFERÊNCIAS.....	62

## 1 INTRODUÇÃO

A medicina está sempre em constante evolução. A demanda por novos tratamentos e medicamentos que façam diminuir o sofrimento humano ou que apresentem a cura de alguma enfermidade sempre existiu. Para que tudo possa ser usufruído pelos pacientes, existe a figura do médico, uma profissão que exige anos de estudo e dedicação, além da enorme responsabilidade em lidar com vidas.

O direito deve acompanhar as necessidades da sociedade, estando em constante atualização. Sendo assim, com o grande número de ações judiciais sobre erro médico e que aumentam consideravelmente a cada ano, a responsabilidade civil dos médicos é um tema que merece atenção, devendo ser constantemente debatido no nosso ordenamento jurídico.

A responsabilidade civil em casos de erro médico é um tema bastante complexo. De um lado, temos a suposta vítima que busca uma reparação pelo dano sofrido em consequência de algum tratamento médico malsucedido ao qual foi submetida. No polo oposto, temos profissionais de saúde que usam a ciência para lidar com vidas e que, por serem humanos, também são passíveis de erros. Dessa forma, deve-se analisar caso a caso, distinguindo-se o erro médico da culpa médica para que se fale em responsabilização.

O presente trabalho tem como objetivo verificar como esse assunto vem sendo tratado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira. O conceito de responsabilidade civil e sua aplicação na seara médica serão abordados no primeiro capítulo. Também será comentada a subjetividade da responsabilidade médica com a necessidade da culpa provada, a natureza contratual da relação e a distinção entre os tipos de obrigações de meio e de resultado. Por último, faz-se necessário falar sobre a responsabilidade das clínicas e hospitais e dos planos de saúde.

No segundo capítulo, serão abordados os tipos de erro médico, o conceito de culpa médica e as excludentes da responsabilidade civil do médico. Após isso, será feita a análise de alguns casos concretos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Superior Tribunal de Justiça dos últimos cinco anos para uma melhor visualização do tema.

## 2 FUNDAMENTOS LEGAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

### 2.1 Conceito de Responsabilidade Civil

A vida em sociedade necessariamente acontece havendo algum tipo de interação entre os indivíduos. Em algum momento, mesmo que por um curto período de tempo, relações humanas se fazem importantes para a prática dos atos da vida civil. Ninguém consegue viver isolado indefinidamente e, por consequência dessas relações, naturalmente surgem alguns conflitos e alguns prejuízos.

O indivíduo é responsável pelos atos que comete, podendo agir da melhor maneira que convir, desde que respeite os bens jurídicos tutelados pelo direito. Com isso, quando existir um descumprimento de uma regra estabelecida em um contrato ou norma jurídica, deverá suportar o ônus pela conduta praticada. Como resultado, pode ser gerado um dano patrimonial ou extrapatrimonial e a consequente obrigação de reparação.

Então, para o direito, quando um dever jurídico originário ou primário é descumprido, surgirá o dever sucessivo ou secundário de reparar o prejuízo. Esse é o conceito de responsabilidade, que vai variar de acordo com os interesses que foram lesados, como por exemplo, consequências civis ou penais. Ela “[...] designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”<sup>1</sup>.

A responsabilidade civil está intimamente ligada à ideia de restituição ou ressarcimento de um dano. O objetivo seria a tentativa de reparar esse desequilíbrio social causado pela conduta indevida, com a tentativa de se retornar ao status quo, ou seja, o reestabelecimento do equilíbrio.

Sergio Cavaliere Filho<sup>2</sup> explica

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.2.

<sup>2</sup> *Ibidem*

da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Marco Aurélio Bezerra de Melo <sup>3</sup>diz que “a responsabilidade civil somente surgirá quando houver o descumprimento da obrigação primitiva, gerando para o lesado o dever secundário de reparar ou compensar o dano, conforme se trate de dano material ou moral.”

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira<sup>4</sup>

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia com o princípio que subordina a reparação à sua incidência na reparação do dano. Não importa se o fundamento é a culpa ou se é independente dessa. Em qualquer circunstância onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

A obrigação do ofensor, após o evento danoso, de reparar a lesão sofrida pelo ofendido, surge mesmo que esta seja de caráter moral, ou seja, extrapatrimonial. Em algumas situações será arbitrado um valor indenizatório como compensação dada a impossibilidade de restauração da situação anterior da vítima.

Maria Helena Diniz<sup>5</sup> define:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

---

<sup>3</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 4.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.11.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.7. p. 34.

A responsabilidade civil possui algumas funções sociais inerentes ao seu instituto de reparação. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>6</sup> afirmam que as funções podem ser: a compensatória do dano à vítima; a punitiva do ofensor; e a desmotivação social da conduta lesiva.

A função compensatória ou indenizatória visa, pela decisão judicial, repor o bem quando existe essa possibilidade ou, caso não haja, assegurar que o atingido pelo dano receba o quantum indenizatório para o seu custeio.

A função social punitiva possui o objetivo de punir o ofensor pelo prejuízo causado à vítima. A intenção desse mecanismo é intimidar o agressor e afastá-lo de novos comportamentos que levem a cometer os mesmos atos lesivos.

A desmotivação da conduta lesiva como função social se apresenta na possibilidade de tornar o ato público e como consequência tentar evitar que outras pessoas o cometam, tendo, portanto, um caráter socioeducativo para a população.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil tem como função preponderante a compensatória, de acordo com o artigo 944 do Código Civil<sup>7</sup>. Entretanto, o caráter punitivo pedagógico também foi considerado no Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que diz que “o art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”. Na prática, o juiz fixará um único valor dentro da razoabilidade e das condições do caso concreto analisado, que una tanto a função compensatória quanto a punitiva.

Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>8</sup> conclui:

Ainda que as indenizações punitivas (punitive damages) em que efetivamente há um aumento considerável dos valores fixados para a compensação dos danos morais não sejam referendadas pela jurisprudência brasileira, como sucede nos países do common

---

<sup>6</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3. p.67.

<sup>7</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

<sup>8</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.7.

law, o fato é que já há na doutrina que vem se formando no Brasil a defesa entusiasmada de sua adoção para conter práticas abusivas e comportamentos antissociais reiterados, notadamente no mercado de consumo e em situações que sejam vulnerados direitos da personalidade.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a classificação da responsabilidade civil de acordo com o seu fundamento dividindo-a em objetiva e subjetiva.

A teoria clássica ou teoria da culpa trata da responsabilidade subjetiva e encontra-se prevista no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O legislador pátrio usou a noção de ato ilícito para gerar como consequência a obrigação de reparar o dano. Flávio Tartuce<sup>9</sup> conceitua ato ilícito como “a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém”.

A culpa do agente é considerada em sentido amplo ou genérica, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito. Portanto, a reparação do prejuízo na responsabilidade civil subjetiva por parte do agente só acontecerá caso seja provado que ele agiu com culpa.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves<sup>10</sup>:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

A responsabilidade subjetiva pressupõe a necessidade de se provar a culpa do causador do dano como forma de qualificá-la. Também é possível chamá-la de responsabilidade civil aquiliana fazendo referência à lei Aquilia, pioneira na concepção da utilização da culpa lato senso como pressuposto da responsabilidade civil.

---

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.2. p. 321.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4.

Já na responsabilidade objetiva, a lei estipula a reparação do dano pelo ofensor mesmo que não haja comprovação de culpa. Nesses casos, para que se configure o dever de indenizar, basta haver a presença dos demais elementos da responsabilidade civil, como a conduta comissiva ou omissiva, o dano e o nexo causal entre eles. Vale ressaltar que o Código Civil prevê expressamente as situações nas quais será aplicada essa espécie de responsabilidade.

De acordo com o artigo 927 do Código Civil<sup>11</sup>, *in verbis*:

**Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

**Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade objetiva no Brasil é fundamentada na teoria do risco. Por essa teoria, quando se exerce uma atividade de risco, existe a probabilidade de dano. Logo, o agente que deu causa ao evento, por alguma atividade realizada a um terceiro, tem a obrigação de ressarcir-lo, independentemente de agir com dolo ou culpa. Só se eximirá da responsabilidade de reparar o dano, caso consiga provar causas de exclusão do nexo causal.

Sergio Cavalieri Filho<sup>12</sup> explica:

A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.

Flávio Tartuce<sup>13</sup> classifica a teoria do risco em cinco modalidades principais. A primeira delas é a teoria do risco administrativo que é adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado. Já a teoria do risco criado é utilizada em situações nas quais o agente se coloca em uma posição de risco devido a outra pessoa ou coisa. Um exemplo dessa segunda modalidade é a

<sup>11</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.152.

<sup>13</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.2. p. 482.

responsabilidade civil por defenestramento, de acordo com o artigo 938 do Código Civil<sup>14</sup> que diz que “aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

A teoria do risco da atividade ou profissional é utilizada quando o risco é causado devido à profissão exercida pelo agente, com base no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil<sup>15</sup>. Já a teoria do risco-proveito deriva de uma atividade lucrativa do agente, que pode acarretar em um fato lesivo a terceiro, estando baseada no princípio de que onde está o ganho, reside o encargo.

A última modalidade é a teoria do risco integral. Essa teoria deve ser utilizada em casos nos quais não há a possibilidade de exclusão de nexos de causalidade para inviabilizar a responsabilidade civil. Como exemplo, temos os casos de danos ambientais nos quais o Estado é o causador.

Logo, podemos perceber que na legislação brasileira a teoria subjetiva e a teoria objetiva convivem juntas, cada qual possuindo seu campo de atuação delimitado. O objetivo das duas teorias é o mesmo: responsabilizar o autor do dano. A diferença será a averiguação da culpa do agente para dar causa a uma delas.

## 2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para que se configure a existência da responsabilidade civil, é indispensável a presença de pressupostos ou elementos. Entretanto, a doutrina não consegue ser unânime em relação a quantidade necessária para que haja o dever de indenizar.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>16</sup> afirma que são quatro os elementos indispensáveis, sendo eles a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

---

<sup>14</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

<sup>15</sup> BRASIL, *loc. cit.*

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4.

Para Maria Helena Diniz<sup>17</sup>, somente três elementos são essenciais, como explica:

a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>18</sup> afirmam que a culpa não faz parte da quantidade essencial de elementos da responsabilidade civil.

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva).

Mesmo com a divergência doutrinária, se faz necessário tratar de todos os elementos separadamente para uma melhor compreensão do tema.

### 2.2.1 Conduta Humana

O agente pode praticar uma conduta que cause prejuízo a terceiro. Esse ato deriva de uma ação ou omissão voluntária do indivíduo. Para que a omissão dê ensejo à responsabilidade civil do agente, é importante destacar a presença do dever jurídico imputado a ele; de agir em determinada circunstância. Nesse caso, deve-se provar que não houve a prática da conduta devida.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>19</sup> ensinam:

[...] a voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V.7. p. 48.

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V.3. p.76.

<sup>19</sup> *Ibidem*. p.79-80.

dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

Pode-se dizer também que a necessidade do dever de indenizar não acontece somente no caso de condutas ilícitas como esperado, mas em alguns casos de condutas lícitas também, desde que por força de norma legal.

A pessoa poderá responder não somente pelos seus atos, mas também por atos de terceiros que estejam sob sua responsabilidade, como nos casos descritos no artigo 932 do Código Civil<sup>20</sup>. Podemos exemplificar a responsabilidade pela conduta de terceiros, quando um médico, sendo responsável pela equipe em que trabalha, emana uma ordem para outro profissional para executar determinada conduta em seu paciente. O profissional poderá responder solidariamente caso possua a capacidade por lei de não ser obrigado a cumprir conduta considerada errada.

### **2.2.2 Dano**

Considerado um elemento essencial, pois não há responsabilidade civil sem a presença do dano a alguém, ou seja, a consequência do ato, o dano deve ser comprovado pelo autor da demanda. Se houver indenização sem o dano, podemos dizer que estamos diante de uma situação de enriquecimento ilícito.

O dano deve ser passível de ser indenizável. Logo, o dano, que é considerado um elemento essencial da responsabilidade civil, não pode derivar exclusivamente de fenômenos naturais e precisa ser cometido por pessoa diferente do lesado. Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>21</sup> diz que “sendo o dano qualquer ofensa a um direito subjetivo da pessoa, mister que se excluam as lesões decorrentes de ato próprio, como a automutilação e também as causadas por acidentes naturais inundações, incêndios naturais, raios, trombas d’água dentre outros.”

---

<sup>20</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

<sup>21</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 3.ed. Rio de Janeiro: 2019. p.61.

Sergio Cavalieri Filho<sup>22</sup> explica:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

O dano poderá atingir tanto bens patrimoniais como extrapatrimoniais de uma pessoa física ou jurídica. Quando há uma diminuição econômica no patrimônio do ofendido é também chamado de dano material, pois existe a possibilidade de ser mensurado em pecúnia. Os danos patrimoniais incluem os danos emergentes e os lucros cessantes. Já os danos extrapatrimoniais ou morais causam lesão aos direitos da personalidade da vítima e a sua reparação visa compensar esses prejuízos imateriais.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência passaram a considerar uma enorme gama de tipos de danos que exigem reparação econômica quando lesados juridicamente. Pode-se dizer que existem os danos estéticos, danos sociais ou difusos, os danos pela perda de uma chance, os danos morais coletivos.

Nas palavras de Anderson Schreiber<sup>23</sup>:

Longe de ser restritiva ao âmbito probatório, esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos. Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano. Por décadas relegado a um patamar secundário, advindo de sua fácil verificação materialista, esse pressuposto - então, efetivamente pré-suposto - o dano vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios diversos.

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.77.

<sup>23</sup> SCHREIBER, Anderson *apud* TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.2. p.436-437.

No caso da responsabilidade civil médica, deve haver então um dano de qualquer tipo a um paciente como consequência da conduta profissional. A consequência se dá como lesão do direito à vida ou a saúde, que leva à configuração da indenização por danos patrimoniais ou morais por exemplo.

Os danos materiais ou patrimoniais geralmente englobam as despesas causadas pelo tratamento com medicamentos, despesas médico-hospitalares, lucros cessantes em virtude do tempo que a pessoa está na condição de invalidez temporária ou permanente, necessidade de contratar profissionais para cuidados em domicílio como fisioterapeutas e equipes de enfermagem.

Os danos morais geralmente estão relacionados ao estresse psicológico que o paciente sofreu, como por exemplo uma queimadura no rosto por erro no procedimento e que afete a sua autoestima. Também podemos citar casos de cirurgias mal executadas que deixam o paciente em situações complicadas emocionalmente.

### **2.2.3 Nexo causal**

O nexo causal é considerado a ligação entre a conduta comissiva ou omissiva do agente e o dano que foi gerado à vítima. Esse elo constitui uma relação de causa e efeito e é elemento essencial, devendo ser avaliado antes mesmo de saber se houve ou não culpa do agente. A responsabilidade civil objetiva ou subjetiva será configurada e existirá a consequente indenização quando o requerente provar que esse liame levou ao resultado.

Sergio Cavaliere Filho<sup>24</sup> explica:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. E preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal.

---

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012,p.49.

Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>25</sup> define:

O nexu causal é um elemento vital para o bom entendimento da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, pois, para se responsabilizar alguém, importa que se estabeleça um elo, uma ponte, uma ligação lógica entre este e o fato jurídico que o ensejou. Cuida-se de se estabelecer uma correlação entre a causa e o efeito, entre a ação ou omissão e a reação dela no plano fenomênico. Na busca do nexu causal não se pesquisa questão de direito, mas sim aquela que decorre da própria natureza do evento, isto é, nexu causal é questão puramente de fato.

A fim de tentar justificar e elucidar o nexu causal, a doutrina e a jurisprudência elaboraram três teorias que facilitaram a avaliação do magistrado quando diante de casos de alta complexidade sobre o tema.

A primeira delas é a chamada teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes. De acordo com esse conceito, a responsabilidade civil é consequência de todos os fatos que concorreram para gerar o efeito danoso. Caso haja a exclusão de um deles, o evento não ocorrerá, pois todos os fatos são imprescindíveis. Flávio Tartuce<sup>26</sup> afirma que “essa teoria, não adotada no Brasil, tem o grande inconveniente de ampliar em muito o nexu de causalidade, até o infinito.”

A segunda teoria é a da causalidade adequada, que considera haver uma única possível causa para a existência do dano, ou seja, dentre todas as causas possíveis, somente uma se mostrou mais relevante. Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>27</sup> “o grande mérito dessa teoria é a de não permitir o desdobramento causal de forma exagerada, pois nem todas as condições se equivalem”.

Já a teoria do dano direto e imediato ou da interrupção do nexu causal define que somente se configurará a responsabilidade civil do agente quando o dano ocorrer diretamente ou imediatamente derivado de sua conduta. Não deve haver nenhuma outra causa que explique o dano,

---

<sup>25</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.211-212.

<sup>26</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito da Obrigações e Responsabilidade Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.2. p. 371.

<sup>27</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 216.

sob pena deste não ser passível de indenização. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves<sup>28</sup>, essa é a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro.

Quando se trata da responsabilidade civil do médico, estabelecer o nexo causal entre conduta do profissional e dano causado ao paciente não é uma tarefa de fácil execução. Em algumas hipóteses a causa pode ser atribuída a fatores diversos e desconhecidos e não a conduta médica.

Miguel Kfoury Neto<sup>29</sup> avalia:

Nem sempre, porém, nos domínios da responsabilidade médica – e a asserção provém do exame de inúmeros casos concretos –, o reconhecimento do nexo de causalidade é tarefa fácil. Os médicos dizem que não há doenças, há doentes, porquanto dois pacientes, acometidos do mesmo mal e tratados de modo idêntico, podem apresentar reações absolutamente distintas à terapia: num caso, a cura; noutra, o agravamento da enfermidade e, até a morte.

#### 2.2.4 Dolo ou Culpa

A culpa lato sensu no direito civil engloba tanto o dolo quanto a culpa stricto sensu. A presença desse elemento vai depender do fundamento que se dê a responsabilidade, ou seja, se é objetiva ou subjetiva. Sendo subjetiva, é elemento obrigatório. Caso seja objetiva, basta a relação de causalidade entre conduta e dano.

No dolo, o comportamento do agente é intencional em causar o dano à vítima. A intenção se caracteriza pela vontade de realizar o feito, sendo os atos contrários ao direito. Carlos Roberto Gonçalves<sup>30</sup> diz que “a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico, o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante.

Pode-se definir a culpa como uma inobservância do dever de cuidado ou cautela que seria, levado em consideração o conhecimento, a aptidão e a capacidade exigíveis do agente em

---

<sup>28</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4.

<sup>29</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4.

determinada circunstância. Essa falta de diligência nem sempre se origina da violação da lei. Nessas situações não há a intenção de violar um dever jurídico. A conduta é realizada, o resultado é involuntário, porém previsível.

A falta do dever de cuidado é exteriorizada quando o agente atua com negligência, imprudência ou imperícia. É considerada situação de negligência, deixar de agir quando fazê-lo era essencial para evitar o dano. Já em relação à imprudência, o agente age dessa forma quando não possui a cautela necessária na ação. Em casos de imperícia, a falta de habilidade técnica era requerida e o agente agiu sem possuí-la. De qualquer forma, a culpa deverá ser provada para ensejar a responsabilidade subjetiva do agente.

Sergio Cavalieri Filho<sup>31</sup> classifica a culpa em espécies, em virtude do seu grau, podendo ser levíssima, leve ou grave. Será levíssima quando era preciso uma atenção extraordinária, uma habilidade ou conhecimento especial para que não ocorresse a falta. A culpa será considerada leve, quando o dano podia ser evitado somente com uma atenção ordinária que um pai de família teria.

Já em uma situação de culpa grave ou culpa consciente, temos uma violação séria ou extrema do dever de cuidado, facilmente identificável pelo homem médio e essa se assemelha ao dolo. A diferença está no fato de que neste o agente assume o risco de cometê-lo, já naquela, acredita fortemente que o evento não ocorrerá.

O dever de reparação na responsabilidade civil acontece independentemente do grau do dolo e da gradação da culpa, em virtude do nosso Código Civil não fazer nenhuma distinção entre esses tipos para a concessão de indenização. Na responsabilidade civil médica, Miguel Kfourì Neto<sup>32</sup> diz que “a medida da indenização é a extensão dos danos. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege aquilia et levissima culpa venit*). Em se tratando da vida humana, não há lugar para culpas pequenas”.

### **2.3 Natureza Contratual da Relação**

---

<sup>31</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.39.

<sup>32</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A responsabilidade contratual se difere da extracontratual principalmente pela natureza do dever jurídico transgredido. Enquanto que na primeira existe um acordo de vontades entre as partes previamente definido e que foi violado, na segunda o vínculo entre a vítima e o agente é derivado da lei. De qualquer forma, a consequência jurídica será a mesma: o dever de indenizar.

Sergio Cavaliere Filho<sup>33</sup> diz:

(...) na responsabilidade contratual, antes de emergir a obrigação de indenizar, já existe uma relação jurídica previamente estabelecida pelas partes, fundada na autonomia de vontades e regida pelas regras comuns dos contratos. Na responsabilidade extracontratual, inexistente qualquer liame jurídico anterior entre o agente causador do dano e a vítima (eles são estranhos) até que o ato ilícito ponha em ação os princípios geradores do dever de indenizar.

A natureza da responsabilidade civil do médico foi uma questão difícil e que foi sendo discutida ao longo do tempo, optando a doutrina majoritária por considerar, em regra, como contratual.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves<sup>34</sup>:

Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica.

Miguel Kfoury Neto<sup>35</sup> explica:

A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.

O contrato médico-paciente é diferente de outras modalidades possuindo forma atípica, logo, não necessitando de forma especial, sendo livre, podendo ser celebrado verbalmente ou por escrito. Possui características sui generis, não sendo considerado de mera prestação de serviços,

---

<sup>33</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.307.

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4. p.239.

<sup>35</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

devido à singularidade da relação, vista como desigual dada a superioridade do conhecimento médico em relação à situação do paciente. Mesmo não tendo sido estabelecido na legislação brasileira, encontra-se tutelado juridicamente.

O objeto não necessita estar descrito minuciosamente no contrato, porque não se considera como tal a consulta, o procedimento ou a cirurgia em si e sim a atividade do profissional de saúde. O médico deverá agir com base nas técnicas disponíveis e melhor aplicadas ao caso em questão visando o reestabelecimento da saúde do paciente, que deverá estar plenamente informado e ter consentido o tratamento a ser realizado, salvo em casos de risco de morte.

Eduardo Nunes de Souza<sup>36</sup> diz que como exceção à regra, em alguns casos, a natureza da relação pode ser considerada como extracontratual ou aquiliana, de acordo com a análise do caso concreto. Isso acontece em situações de omissão de socorro, quebra de sigilo profissional e atestados falsos por exemplo. Edmilson Barros Júnior <sup>37</sup>afirma que ocorre em situações de emergência ou urgência, como alguém que tem um mal súbito na rua, ou até mesmo dentro de um avião ou navio, e um médico o atende sem o acordo de vontades, como em um estado de impossibilidade de autodeterminação.

## 2.4 Obrigação de Meio e de Resultado

Para que possamos compreender os efeitos da responsabilidade civil dos médicos, devemos diferenciar as obrigações assumidas quanto ao seu conteúdo em obrigações de meio ou de resultado. Essa classificação não consta no Código Civil, entretanto, é muito utilizada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, principalmente para determinar com quem ficará o ônus da prova.

Na obrigação de meio, o contratado, ou seja, o fornecedor do serviço, deverá empregar suas habilidades e técnicas na realização de suas atividades com o intuito de chegar a um resultado, mas

---

<sup>36</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. p.7

<sup>37</sup> BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **A Responsabilidade Civil do Médico**: uma abordagem constitucional. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 96.

não obrigatoriamente atingi-lo. Caso o objetivo não seja alcançado, o contratante, ou seja, o consumidor do serviço, deverá provar que o profissional agiu com culpa em sentido amplo.

Quando o profissional assume a obrigatoriedade de atingir determinado fim, estamos falando de uma obrigação de resultado. O fornecedor estipula previamente em contrato a execução do serviço com a promessa de alcançá-lo. Sendo assim, basta o credor demonstrar o insucesso do cumprimento do objetivo para que a responsabilidade civil recaia sobre o inadimplente. O profissional responderá independentemente de culpa, possuindo o ônus de demonstrar que houve rompimento do nexos causal por meio de algum dos seus excludentes como caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato exclusivo de terceiro.

De acordo com grande parte da doutrina, as obrigações assumidas pelos médicos com seus pacientes quase sempre são de meio. Mesmo que o resultado esperado seja a cura de uma enfermidade, este não é o objetivo jurídico da contratação. O profissional deverá empregar a técnica adequada que estiver ao seu alcance pela ciência em prol do melhor desfecho para aquele paciente e, se possível, curá-lo. Vale destacar que cada organismo é único e que pode haver variação na resposta ao tratamento.

Sergio Cavalieri Filho<sup>38</sup> diz:

A obrigação assumida pelo médico, normalmente é obrigação de meio, posto que o objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

Miguel Kfourri Neto<sup>39</sup> explica:

Consequentemente, no que se refere às demais especialidades médicas que tenham por fim a cura direta do paciente (cardiologia, cirurgia geral, endocrinologia, geriatria, medicina intensiva e outras), o médico especialista vincula-se a uma obrigação de meios – e sua responsabilidade se circunscreve à prestação do ato médico com a devida diligência, vale dizer, observada a *lex artis*, no estado de desenvolvimento em que se encontra a ciência médica, naquele momento.

---

<sup>38</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.p.396.

<sup>39</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Contudo, existem algumas poucas situações nas quais a doutrina e a jurisprudência consideram a obrigação deste profissional como de resultado. É o caso da realização de cirurgias estéticas cosméticas ou embelezadoras, que não possuem função terapêutica. Nesses casos, demonstrado o insucesso do procedimento, haverá o dever de indenizar o paciente. Portanto, a culpa nesses casos é considerada presumida.

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - CIRURGIA PLÁSTICA - RESPONSABILIDADE CIVIL - MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - CLÍNICA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANOS EFETIVAMENTE COMPROVADOS - DEVER DE INDENIZAR - RAZOABILIDADE DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - CITAÇÃO.** - Atualmente, é amplamente aceito na doutrina e pacífico na jurisprudência do STJ que, em se tratando de cirurgia plástica com efeitos meramente estéticos, o médico assume uma obrigação de resultado e, nesta condição, inverte-se o ônus da prova em desfavor do profissional, cabendo a ele demonstrar que não agiu com culpa ou que teve ocorrência de caso fortuito ou de força maior, para afastar a sua responsabilização pelo dano - Comprovados os danos morais e estéticos decorrentes da cirurgia plástica realizada na autora e não demonstrada qualquer excludente da responsabilidade civil, presente o dever de indenizar - No que diz respeito à clínica médica, sua responsabilidade é solidária e objetiva, nos termos do art. 14, § 1º, CDC - O valor da indenização, fixado em valores razoáveis, conforme os parâmetros desta Câmara, deve ser mantido - Os juros de mora, nos casos de responsabilidade contratual, incidem a partir da citação.<sup>40</sup>

Entretanto, vale mencionar que a obrigação assumida pelo médico nas cirurgias plásticas reparadoras, corretivas ou reconstrutoras continua sendo de meio, mesmo que esta promova um melhoramento estético. Nesses casos, o cirurgião tem o dever de empregar os recursos necessários para corrigir o problema sem, contudo, se comprometer com o resultado.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>41</sup> explica:

O cirurgião plástico assume obrigação de resultado porque o seu trabalho é, em geral, de natureza estética. No entanto, em alguns casos a obrigação continua sendo de meio, como no atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho.

<sup>40</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **AC: 10114100031318001 MG**. Relator: Wagner Wilson. Data de Julgamento: 22/06/2016. Data de Publicação: 01/07/2016.

<sup>41</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4. p.245.

Outra especialidade que merece atenção é a do médico anesthesiologista, devido à imensa responsabilidade assumida por esse profissional, o qual qualquer erro pode ocasionar danos irreversíveis ao paciente. A obrigação é considerada de resultado pela maior parte da doutrina, pois o anesthesiologista possui formação e condições técnicas e tecnológicas para monitorar todo o estado do paciente durante o andamento da cirurgia. Mesmo assim, Miguel Kfoury Neto<sup>42</sup> afirma que “na aferição da culpa do anestesista cabe a advertência dos jurisperitos: nem o rigor excessivo, nem a benevolência corporativista; risco sempre existe; não deve ser aumentado pela imperícia, imprudência ou negligência do médico.”

## **2.5 Responsabilidade Médica Subjetiva**

Antigamente, o médico era considerado um ser divino, imaculado, dotado da capacidade de lidar com vidas e amenizar o sofrimento dos doentes. Era denominado de mago ou sacerdote e usava o empirismo para a obtenção da cura, mediante a utilização de ervas ou procedimentos que diminuíssem a dor e curassem patologias.

Quando a cura da enfermidade buscada pelo indivíduo não acontecia, o feiticeiro, como muitas vezes era chamado, já sofria as consequências pela culpa do fracasso. A aplicação de sanções era comum nesses casos, mesmo nos primórdios da medicina.

A responsabilidade médica foi tratada pela primeira vez no Código de Hammurabi. Este documento também fala acerca de normas da profissão e de possíveis compensações em casos de tratamentos mais complexos. Em casos de erro, previa sanções graves, como por exemplo a amputação da mão do médico que provocou a morte ou lesão ao paciente.

O direito romano foi o berço da responsabilidade civil médica que mais se aproxima da atual. Os princípios gerais que são utilizados até hoje nas legislações modernas tiveram origem em Roma, como por exemplo a obrigação de indenizar a vítima de forma pecuniária e o conceito de culpa médica.

---

<sup>42</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Hoje, os conhecimentos humanos sobre Direito e Medicina seguem em evolução constante. O médico atua como profissional liberal em seu consultório, em hospitais ou clínicas, sozinho ou em equipes e recebe remuneração pelo trabalho prestado. Sendo assim, como todo profissional possui direitos e deveres.

A sociedade, cada vez mais exigente quanto aos serviços contratados, deve acompanhar a conduta profissional e exigir o mesmo dos órgãos de fiscalização. De qualquer forma, caso haja algum prejuízo na prestação dos serviços, deve-se demandar em juízo a indenização pela responsabilidade civil comprovando o dano.

No Brasil, a responsabilidade civil médica foi positivada pela primeira vez no Código Civil de 1916. O artigo 951 do Código Civil de 2002<sup>43</sup> apresenta redação semelhante e explana que os médicos respondem civilmente pelos danos materiais e morais que causarem aos seus pacientes, *in verbis*:

**Art. 951.** O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

O médico atua como prestador de serviços, pois realiza suas atividades em troca de garantir o seu sustento recebendo recursos financeiros. Entretanto, pelas características da sua profissão, que necessita de conhecimentos específicos, a doutrina o considera como profissional liberal, por possuir liberdade técnica e de atuação.

Eduardo Nunes de Souza<sup>44</sup> explica que “a atividade médica pode ser exercida de forma autônoma (via de regra em consultórios médicos), sem vínculo de subordinação, ou em regime trabalhista (nas redes hospitalares pública ou privada); em qualquer caso, porém assegura-se o livre exercício da profissão”.

---

<sup>43</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

<sup>44</sup>SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. p.3.

O Código de Defesa do Consumidor deu tratamento diverso a essa categoria dos profissionais liberais. Mesmo possuindo uma relação de consumo com seus pacientes, o resultado do seu trabalho envolve muitas variáveis externas, independentemente da técnica e habilidade profissional, sendo esse o motivo do afastamento, em regra, da responsabilidade objetiva, de acordo com o artigo 14, §4<sup>45</sup>, *in verbis*:

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

**§ 4º** A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A maior parte da doutrina e da jurisprudência brasileira já assentaram que essa responsabilidade, em regra, será subjetiva. Como já foi dito, a responsabilidade subjetiva parte da demonstração da ligação entre a conduta com dolo ou culpa, o resultado obtido e o nexo causal entre esses elementos.

Nas palavras de Miguel Kfoury Neto<sup>46</sup>:

Para a caracterização da responsabilidade civil, exige-se a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal. São fatores de atribuição da responsabilidade por dano ao agente: subjetivos – dolo e culpa; objetivos – risco e equidade. Tais fatores de atribuição devem ser previstos na lei. A responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência).

Deve-se analisar o elemento culpa do médico com cuidado, verificando como os danos gerados aos pacientes se relacionam com ela. Não se pode confundir o erro médico com a culpa, nem usá-los como sinônimos, pois nem sempre o erro médico levará ao pagamento de indenização ao paciente por responsabilidade civil.

Nas palavras de Eduardo Nunes de Souza<sup>47</sup>:

---

<sup>45</sup> BRASIL. **Lei nº 8.8078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 16 de dezembro de 2020.

<sup>46</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>47</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. p.24.

Afirmada sua natureza subjetiva, a análise da responsabilidade civil do médico exige cautela. Com efeito, o direito civil contemporâneo não se coaduna com o tradicional conceito psicológico de culpa, exigindo, em vez dele, a atenção a standards de conduta, procedimentos padrão cuja observância permite evidenciar a conduta diligente do profissional. Tais procedimentos, de difícil tipificação em abstrato, devem ser extraídos da prática profissional da própria comunidade médica, conduzindo o julgador a um imprescindível diálogo com especialistas.

A culpa do agente causador do dano não pode ser presumida. Deve-se demonstrar que a inobservância do dever de cuidado do profissional causou algum dano ao paciente. É imprescindível que seja provada para que a reparação econômica se justifique.

Como foi dito anteriormente, a relação médico-paciente é uma relação de consumo e protegida pelo CDC. Sendo assim, de acordo com o artigo 6<sup>o</sup><sup>48</sup> deste mesmo Código e preenchendo os requisitos em processo de conhecimento, o ônus da prova poderá ser invertido em favor do lesado, *in verbis*:

**Art.6 °** São direitos básicos do consumidor:

**VIII** – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>49</sup> explica:

A inversão dependerá de decisão judicial fundamentada no sentido de que os fatos trazidos na petição inicial são verossímeis ou que o consumidor é vulnerável no sentido de produzir a prova. Por exemplo, pode haver determinado procedimento que não foi adotado pelo anestesista, fugindo da normalidade das situações análogas (...) ou então o dano aconteceu no Centro Cirúrgico, quando o paciente estava desacordado e o prontuário não se encontra suficientemente claro. Em casos que tais o juiz deverá fundamentadamente inverter o ônus da prova em favor do consumidor em fase processual que possibilite efetivamente ao médico produzir a contraprova, sob pena de violação ao devido processo legal.

A inversão do ônus da prova se faz devido à caracterização do paciente como a parte frágil da relação processual, por não dispor de conhecimentos técnicos para que possa identificar com

<sup>48</sup> BRASIL. **Lei nº 8.8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 16 de dezembro de 2020.

<sup>49</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 339

clareza a conduta culposa do médico. Entretanto, para Eduardo Nunes de Souza<sup>50</sup>, essa inversão do ônus da prova para o profissional demonstrar que o procedimento foi adequado ao paciente, deveria ter como fundamento a noção contemporânea da carga dinâmica da prova, que determina a distribuição do ônus *probandi* entre as partes envolvidas no processo, de acordo com a sua proximidade aos meios de prova.

Não será necessário demonstrar a modulação da culpa, ou seja, tentar identificar o seu grau em leve, grave ou gravíssima para que se considere a responsabilidade civil do agente. A partir do momento em que se prove em juízo a culpa do profissional, este deverá ser condenado a indenizar o lesado. A gradação da culpa só se faz necessária para a análise do quantum indenizatório pelo judiciário.

A demonstração de conduta culposa do agente geralmente é feita mediante prova documental, depoimentos de testemunhas e do profissional acusado e também por meio de prova pericial devido à complexidade técnica dos procedimentos médicos. O magistrado não possui conhecimento técnico suficiente para avaliar se a atividade médica realizada causou o dano alegado pelo paciente, a não ser que se trate de erro grosseiro. Sendo assim, para que haja uma ponderação correta dos fatos pelo juiz, deve ser utilizada perícia técnica especializada.

Deve-se mencionar que o médico sendo profissional liberal pode trabalhar mediante vínculo com um hospital ou clínica ou até mesmo de forma autônoma. Logo, caso haja algum problema que não seja na sua atividade profissional, e sim na atividade extramédica como em aparelhos hospitalares utilizados por ele no hospital ou de atividade paramédica, como de enfermeiros e maqueiros, não podemos falar em responsabilidade civil do médico. Nesses casos a responsabilidade será somente do estabelecimento.<sup>51</sup>

## 2.6 Responsabilidade das Clínicas e dos Hospitais

---

<sup>50</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. p.15.

<sup>51</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2010, p. 119.

Os estabelecimentos de saúde são pessoas jurídicas que podem ou não visar o lucro para o fornecimento do atendimento médico. A responsabilidade civil das clínicas e hospitais caracteriza-se por ser objetiva, com base Constituição Federal, artigo 37, §6º<sup>52</sup> que diz que “as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Além disso, o Código Civil Brasileiro afirma que o empregador deverá reparar civilmente os danos que seu empregado ou preposto causar no exercício do trabalho<sup>53</sup>.

O vínculo entre o hospital e paciente obedece ao artigo 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor<sup>54</sup> por se tratar de uma relação de consumo, baseando-se em um contrato de prestação de serviços. Entretanto, por ser considerada objetiva, prescinde da demonstração de culpa, confirmando a desvantagem verificada pelo CDC entre o paciente e a instituição.<sup>55</sup>

Existem algumas peculiaridades que devem ser analisadas na responsabilidade civil das clínicas e hospitais. Na maioria dos casos, os pacientes acabam utilizando a estrutura do hospital ou clínica e também a equipe disponibilizada pelo estabelecimento de saúde. Não há poder de escolha do paciente sobre quais profissionais farão o atendimento médico nessa situação, ficando a cargo da direção da unidade. Isso ocorre geralmente em consultas e procedimentos emergenciais, até mesmo cirurgias e continua por toda a internação do paciente se houver. Entretanto, a instituição só responderá civilmente de forma objetiva se provada a responsabilidade subjetiva do médico.

Patrícia Rizzo Tomé<sup>56</sup> ressalta que:

---

<sup>52</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 de novembro de 2020.

<sup>53</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

<sup>54</sup> BRASIL. **Lei nº 8.8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 16 de dezembro de 2020.

<sup>55</sup> MARTIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 64.

<sup>56</sup> TOMÉ, Patrícia Rizzo. **Responsabilidade Civil Médica**. 1.ed. São Paulo: Lisbon. 2020.

Entretanto, deverá ser comprovada a culpa do médico na sua atuação profissional para existir o dever do hospital de responder pelos danos causados ao paciente por erro médico. Esse entendimento se sustenta na compreensão de que a atuação do médico, independentemente da modalidade de contrato, é subjetiva, uma vez que o profissional não assegura resultado, exceto no caso do médico cirurgião plástico.

Alguns estabelecimentos podem oferecer somente a hotelaria para a realização de consultas, procedimentos, cirurgias e exames garantindo as condições ideais de acomodação, alimentação para o atendimento das necessidades do paciente e da equipe médica contratada por ele. Segundo a doutrina majoritária, caso ocorra algum problema que não seja um fato do serviço prestado pelo hospital e sim causado pelo médico, a responsabilidade civil recairia sobre este e não sobre o estabelecimento.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves<sup>57</sup>:

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.

Por outro lado, essa situação de uso das instalações hospitalares por médicos autônomos sem vínculo com a entidade possui a finalidade de maximizar os lucros de ambos. Isso deixa o paciente ainda mais vulnerável, pois este não tem como avaliar a rede contratual existente entre os médicos e a estrutura hospitalar para a prestação do serviço que precisa. Logo, a responsabilidade civil decorrente de dano por erro com culpa médica nesses casos deve ser solidária, com o objetivo de proteger o consumidor.<sup>58</sup>

É oportuno mencionar que a existência de vínculo empregatício entre o médico e o hospital ou clínica não caracteriza subordinação do médico para o exercício da medicina. O profissional

---

<sup>57</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012 .v.4.

<sup>58</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; COSTA, José Pedro Brito da. **Responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma**: uma questão de coligação contratual. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 47, nov.- fev./2019. p.34.

continua tendo independência para tomar decisões e a sua responsabilidade em caso de danos continua sendo subjetiva com base na culpa.

Não há dúvidas na situação do hospital que responde objetivamente pelos erros cometidos pelos médicos que são seus empregados ou que administram a unidade de saúde. Também responde pelos outros profissionais de saúde que são empregados da instituição e que prestam serviços em seu nome atuando no atendimento de pacientes.

A responsabilidade pode ser solidária por fato de outrem, pois as instituições hospitalares têm o dever de escolher profissionais qualificados para integrarem seu quadro de funcionários e realizarem serviços adequados. Caso haja alguma demanda somente contra a instituição, esta poderá usar o direito de regresso.

Nas palavras de Fabrício Zamprogna Matiello<sup>59</sup>:

Nada impede que o hospital, uma vez demandado e condenado a reparar os danos provocados em suas dependências por terceiros, promova a devida ação judicial contra os verdadeiros culpados pelo evento (prepostos, funcionários de qualquer espécie etc.) com vistas à recuperação do montante despendido por intermédio do exercício do direito de regresso.

Miguel Kfourri Neto conclui<sup>60</sup>:

Portanto, ter-se-á de considerar, criteriosamente, a culpa dos prepostos do hospital em relação ao evento danoso, nexos de causalidade – e os demais pressupostos da responsabilidade, de forma que resulte inafastável sua solidariedade na produção do fato lesivo. De qualquer modo, também aqui, o caso concreto fornecerá subsídios indispensáveis à aferição da culpa e consequente legitimação passiva.

## 2.7 A Responsabilidade das Operadoras de Planos de Saúde

O Brasil possui um modelo de saúde que foi desenvolvido para ser completo e garantir o acesso integral e universal de todos os brasileiros à saúde, sendo criado e mantido com o dinheiro

---

<sup>59</sup> MARTIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 68.

<sup>60</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

da arrecadação tributária dos cidadãos. Entretanto, na prática, esse Sistema Único de Saúde possui vários problemas que fazem com que sua eficiência não seja adequada à população, sendo atualmente considerado precário em muitas cidades brasileiras.

A falta dos investimentos necessários e a administração defeituosa do SUS acarretam grandes problemas para os pacientes como a falta de vagas para consultas, exames e cirurgia, decorrentes do escasso número de profissionais de saúde e da escassez de leitos para internação e de UTI. Com todos esses problemas, a população que possui condições financeiras tende a buscar como alternativa os planos de saúde privados na tentativa de suprir suas demandas caso necessitem de atendimento médico.

As operadoras de planos de saúde surgiram para abarcar esse nicho de pessoas que podem arcar ou simplesmente acabam por incluir mais uma despesa em seu orçamento para obter o serviço privado de saúde e não precisar utilizar o SUS, caso haja necessidade em caso de doença. São serviços privados escolhidos pelos pacientes, podendo envolver somente consultas, ou também internações hospitalares, dependendo do contrato firmado. Entretanto, isso não significa que o serviço oferecido seja considerado superior ao fornecido pelo sistema gratuito.

A categoria ganhou regulamentação específica pela lei 9.656/98 e suas atualizações posteriores. A relação entre os pacientes e os planos de assistência privada à saúde é considerada uma relação de consumo pelo CDC, por se encaixarem nas definições de consumidores e fornecedores respectivamente, quando o contrato entre eles é considerado de adesão. Sendo assim, a responsabilidade civil da operadora de plano de saúde será objetiva em caso de dano. Existe uma exceção que foi pacificada com a edição da súmula 608 do STJ<sup>61</sup> que diz que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Vários são os acordos escritos ou verbais que existem nessa relação. Há o contrato entre a operadora de plano de saúde e o médico ou equipe médica credenciada e existe também o contrato

---

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 608**. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, salvo os administrados por entidade de autogestão. Brasília, DF, 2018.

entre a operadora e o paciente que a contratou. Por fim, existe o contrato entre o médico e/ou o hospital e o paciente para que a prestação de serviços seja realizada. A ausência de pagamento diretamente a um deles, devido ao fato de estar coberto pelo plano de saúde, não os afasta da relação jurídica em caso de responsabilidade civil.<sup>62</sup>

Logo, se o contratante do plano de saúde necessita escolher dentre um catálogo previamente fornecido de profissionais credenciados a essa empresa, sem que tenha liberdade plena de escolha, a operadora do plano de saúde deve ser responsabilizada civilmente em caso de dano causado por seu médico autorizado.<sup>63</sup>

A responsabilidade entre a operadora do plano de saúde, do hospital e do médico deve ser analisada em cada caso. Como a responsabilidade civil do hospital é objetiva, acaba atingindo a operadora do plano de saúde ao qual está credenciado por também ser fornecedora de serviços. Em relação ao erro médico, deverá ser comprovada a culpa do profissional. Poderá haver então solidariedade entre todos.

Fabício Zamprogna Martiello<sup>64</sup> conclui

Inexistindo dissociação sentencial entre a extensão do dever indenizatório do médico, do hospital e da empresa gerenciadora do plano de saúde, entende-se solidária a responsabilidade, podendo ser demandados quaisquer deles pelo todo, ficando com direito regressivo contra os demais aquele que pagou o valor devido.

## 2.8 Direitos e Deveres Profissionais dos Médicos

A Constituição Federal garante o livre exercício de qualquer profissão desde que preenchidas as qualificações e requisitos estabelecidos pela lei que regulamentá-la. No caso da profissão médica, é exigido do indivíduo diploma de nível superior em medicina de entidade reconhecida pelo MEC.

---

<sup>62</sup> MARTIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.69.

<sup>63</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3. p.319.

<sup>64</sup> MARTIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.70.

O curso de medicina dura no mínimo seis anos entre aulas teóricas e práticas. Após a sua conclusão, o graduado poderá solicitar o seu registro ao Conselho Estadual respectivo, o que é indispensável para que exerça o direito de atuar na profissão. Caso não cumpra os requisitos, será considerado exercício ilegal da profissão de acordo com o artigo 282 do Código Penal Brasileiro<sup>65</sup>.

O Código de Ética Médica elaborado pelo Conselho Federal de Medicina abrange os direitos dos médicos, dentre eles o de exercer a medicina sem qualquer tipo de discriminação.<sup>66</sup> Também é garantido que possam recusar-se a exercer a profissão em locais como hospitais públicos ou privados que não ofereçam as condições adequadas de trabalho e que possam comprometer a saúde e o tratamento correto do paciente.<sup>67</sup>

O referido diploma legal também traz consigo outros direitos como o de “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”, como exemplo clássico temos o aborto, mesmo que autorizado por lei.<sup>68</sup> O médico também possui o direito de “decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente sem permitir que o acúmulo de encargos ou de consultas venha prejudicar seu trabalho.”<sup>69</sup>

As responsabilidades profissionais médicas também estão descritas nesta mesma resolução, que enumera as vedações pelas quais devem estar cientes durante o exercício do seu trabalho. Dentre elas, podemos citar que é vedado ao médico “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.”<sup>70</sup> Esse artigo corrobora com a responsabilidade subjetiva do médico como descrito também no Código Civil de 2002. Também consta como vedado ao médico “deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento

---

<sup>65</sup>BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 04 de janeiro de 2021.

<sup>66</sup>BRASIL. **Resolução do CFM nº 2217, de 27 de setembro de 2018.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 18 de dezembro de 2020.

<sup>67</sup> BRASIL, *loc. cit.*

<sup>68</sup> BRASIL, *loc. cit.*

<sup>69</sup> BRASIL, *loc. cit.*

<sup>70</sup> BRASIL, *loc. cit.*

médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.”<sup>71</sup>

Os médicos possuem o dever de informar todos os riscos e benefícios que o tratamento ou procedimento conduzido por ele poderá ocasionar ao paciente. Se tiver com suas faculdades mentais íntegras, este possui o direito de não se submeter a conduta prescrita pelo profissional. O Código de Ética Médica afirma no seu artigo 22 que “é vedado aos médicos, deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.”<sup>72</sup>

Miguel Kfoury Neto<sup>73</sup> afirma que “consentimento é o comportamento mediante o qual se autoriza alguém a determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro.

Fabício Zamprogna Matiello<sup>74</sup> explica,

O fato de haver aquiescência do paciente não livra o médico de responsabilização civil ou criminal se do tratamento resultar dano imputável ao profissional por culpa demonstrada. É que o consentimento tem seus efeitos limitados à atuação dentro dos padrões normalmente vigentes na Medicina, em nada influenciando sobre o dever de recompor os males porventura provocados por imprudência, negligência ou imperícia. Continuam intactas todas as obrigações contratualmente assumidas, das quais faz parte a de solicitar autorização do paciente ou responsável para a ministração do tratamento adequado e, em especial, para intervenções cirúrgicas que envolvam acentuados riscos. Tem o dever profissional, sempre, de estabelecer rígida comparação entre riscos e benefícios decorrentes do tratamento, respondendo por qualquer excesso na atuação desnecessária ou desvirtuada.

Existem exceções a esse consentimento que podem ocorrer em caso de possível falecimento do paciente caso a conduta não seja realizada imediatamente, estando este impossibilitado de consentir. Nos outros casos, o médico deverá agir dentro dos limites do consentimento do paciente e com as técnicas médicas adequadas a situação.

<sup>71</sup>BRASIL. **Resolução do CFM nº 2217, de 27 de setembro de 2018.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/imagens/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 18 de dezembro de 2020.

<sup>72</sup>BRASIL, *loc. cit.*

<sup>73</sup>KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 46.

<sup>74</sup>MARTIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 82.

Quando se trata de menores de idade e de outros incapazes os quais não foi possível obter o consentimento do responsável para que o tratamento fosse realizado, resta ao profissional médico entrar em juízo para que consiga a autorização necessária para agir. Caso o tempo seja escasso, como ocorre na maioria das situações e o perigo de morte seja iminente, o profissional poderá agir para preservar a integridade do paciente.

## 3 ERRO MÉDICO

### 3.1 Conceito

Carlos Roberto Gonçalves<sup>75</sup> diz que “o Código Civil equiparou os efeitos do erro à ignorância. Erro é a ideia falsa da realidade. Ignorância é o completo desconhecimento da realidade. Nesta, a mente está in albis; naquele, o que nela está registrado é falso.”

Cometer erros é inerente aos indivíduos. Em todas as atividades do ser humano, algum profissional já errou, até mesmo os mais conceituados. Existem acontecimentos que não podem ser evitados, mesmo que todo o cuidado seja tomado, dentro das normas de segurança, o erro pode acontecer.

Na área da saúde, como o médico lida com vidas humanas e muita imprevisibilidade, quando um erro ocorre, as consequências sempre serão maiores, pois pode tornar uma pessoa inválida ou levá-la à morte. Não necessariamente esse erro será por uma falha pessoal, como pela falta de habilidade ou experiência, podendo acontecer por motivos estruturais, como problemas em instrumentos ou no ambiente hospitalar.

Não se pode dizer que todo erro médico acontece com culpa, mas somente nestes casos o profissional será responsabilizado pelas suas ações. Alguns erros médicos são considerados inescusáveis, ou seja, são imperdoáveis e injustificáveis. Para a responsabilização civil, deverá existir a comprovação de todos os pressupostos e a verificação de não ter sido configurado nenhum excludente da responsabilidade.

Genival Veloso de França<sup>76</sup> define:

O erro médico, quase sempre com culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais.

---

<sup>75</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V.4.

<sup>76</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A análise das causas que levaram o cometimento do erro médico, então, se faz necessária. Existem erros que são considerados como escusáveis ou justificáveis na medicina, nessas situações, o profissional atuou corretamente, mas pelas limitações da ciência e de sua inerente imprecisão, o erro não poderia ter sido evitado.

Décio Policastro<sup>77</sup> expõe:

No cotidiano da prática médica, há acontecimentos inevitáveis, fora do controle do profissional, mostrando que nem todo mau resultado está diretamente associado ao agir do médico ou a de outro prestador de serviços da saúde. Ocasionalmente surgem no doente reações imprevisíveis, intercorrências, complicações, sem que a causa determinante possa ser atribuída ao atendimento médico em seu amplo significado. Uma terapia pode estar certa e a resposta decepcionar. Uma intervenção cirúrgica pode resultar em fracasso, embora realizada com aplicação das melhores e mais avançadas técnicas. Um medicamento pode ter sido o melhor indicado, na posologia correta, e produzir efeito inesperado. Os serviços hospitalares podem ter sido prestados modelarmente, com todos os cuidados profiláticos, e suceder infecção ao paciente em razão do próprio estado de saúde.

### 3.1.2 Erro Profissional, Erro de Diagnóstico e Iatrogenia

A doutrina majoritária não considera o erro profissional como culpável ao médico. Sabe-se que a medicina não é uma ciência exata, o que leva a crer que este tipo de erro é justificável. O médico neste tipo de erro age com a conduta adequada ao tipo de caso, mas a técnica empregada por ele não é a correta, por não haver ainda outra disponível.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt<sup>78</sup>

O erro profissional é, em princípio, um acidente escusável, justificável e, de regra, imprevisível, que não depende do uso correto e oportuno dos conhecimentos e regras da ciência. Esse tipo de acidente não decorre da má aplicação de regras e princípios recomendados pela ciência, pela arte ou pela experiência. Deve-se à imperfeição e precariedade dos conhecimentos humanos, operando, portanto, no campo do imprevisível, transpondo os limites da prudência e da atenção humanas.

<sup>77</sup> POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

<sup>78</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

O médico também poderá cometer um erro de diagnóstico. Diagnosticar consiste em identificar a doença que o paciente possui, pois só assim o tratamento adequado poderá ser prescrito. É de extrema importância que o profissional atue com o zelo necessário para realizar a conduta de forma precisa.

A fim de se evitar esse tipo de erro médico, o profissional deverá realizar a anamnese do paciente, analisando todos os sintomas e solicitar os exames laboratoriais e de imagens necessários para que identifique a doença do paciente. Mesmo que não possua todos os meios no local, deverá encaminhar ou transferir o paciente para realização de procedimentos complementares, quando possível. Após a análise do prontuário, deverá prescrever o tratamento correto, de acordo com o diagnóstico.

José de Aguiar Dias explica<sup>79</sup>:

O erro de diagnóstico, desde que escusável em face do atual estado da ciência médica, não induz à responsabilidade do médico, o engano grosseiro ou manifesto não permite isentá-lo. Assim: a) o tratamento, como fratura, de ferida causada pela introdução de um estilhaço de madeira na perna do paciente; b) tomar uma mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe a morte; c) aplicar ao doente tratamento de uma doença que não tinha, sem se esforçar por descobrir de que moléstia realmente se tratava; d) o contra-senso cometido pelo médico em face de uma radiografia terminantemente clara; e) ou o diagnóstico leviano ou inexato, em presença de sintomas positivamente contrários aos apresentados pela moléstia, e malgrado o protesto energético do doente.

O entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é que o erro de diagnóstico não necessariamente configura a culpa do médico, a não ser que estejamos diante de um erro grosseiro. O que deve ser analisado pelo magistrado mediante prova pericial é se o profissional da saúde se utilizou de todos os meios disponíveis ao seu alcance no momento para a realização precisa do diagnóstico.

APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ERRO MÉDICO – FALHA NO DIAGNÓSTICO DE MENINGOCOCCEMIA - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – PRETENSÃO DE INVERSÃO DO JULGAMENTO – IMPOSSIBILIDADE - Ausência de evidências de erro ou mesmo negligência médica – Atendimento inicial realizado corretamente, com base nos sintomas apresentados naquele momento – Perícia que não apontou inadequação na conduta médica – Enfermidade de difícil diagnóstico - Impossibilidade de responsabilização do Município

<sup>79</sup> DIAS, José de Aguiar *apud* Tomé, Patricia Rizzo. **Responsabilidade Civil Médica**. 1.ed. São Paulo: Lisbon. 2020.

– Honorários advocatícios bem arbitrados – Impossibilidade de redução – Recurso não provido.<sup>80</sup>

Também não se considera culpa do médico quando esse tipo de erro é induzido por exames com laudos incorretos, fazendo com que trate o paciente equivocadamente mesmo que isso cause um efeito danoso, como por exemplo um resultado positivo de HIV que não procede. Nesses casos, a responsabilidade civil será objetiva e imputada ao laboratório que emitiu o resultado.

Provar o erro de diagnóstico é considerado um processo muito difícil, pois envolve conhecimentos técnicos muito específicos, além de abranger as condições pessoais e clínicas do paciente no momento da análise do diagnóstico, o que pode comprometê-lo.

A iatrogenia é toda alteração patológica causada a uma pessoa sadia ou doente por algum tratamento médico ao qual foi submetida. O efeito iatrogênico pode acontecer concomitantemente ou posteriormente, podendo ser esperado, previsível ou não, contanto que seja derivado desta atividade. Entretanto, não pode ser objeto da conduta médica com culpa por imperícia, negligência ou imprudência, pois senão estaríamos diante de um caso de responsabilidade civil do médico.

José Carlos Maldonado de Carvalho<sup>81</sup> diz que a iatrogenia “significa as manifestações decorrentes do emprego de medicamentos em geral, atos cirúrgicos ou quaisquer processos de tratamentos feitos pelo médico ou por seus auxiliares”. Logo, abrange qualquer procedimento médico.

O médico tem a obrigação de informar o paciente sobre os tratamentos de saúde que serão ministrados. Deverá enumerar os objetivos da conduta, os benefícios e os riscos conhecidos que podem ser obtidos, para que sejam avaliados pelo paciente. Entretanto, caso um desses riscos ocorra, ele estará ciente que foi um dano iatrogênico, não podendo culpar o profissional de saúde.

---

<sup>80</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AC: 00008104820128260068 SP 0000810-48.2012.8.26.0068**. Relator: Maria Olívia Alves. 6ª Câmara de Direito Público. Data de Julgamento: 26/03/2018. Data de Publicação: 27/03/2018.

<sup>81</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.

Mesmo o dano iatrogênico não sendo considerado como responsabilidade do médico, e sendo esperado como efeito do tratamento, o profissional deverá fazer de tudo para que o paciente sofra o menos possível, como por exemplo aplicando medicamentos ou terapias que melhorem as suas consequências.

De acordo com José Carlos Maldonado de Carvalho<sup>82</sup>:

Iatrogenia e responsabilidade civil, dentro de um universo jurídico eminentemente conflitual, são termos inconciliáveis, e excludentes. Inconciliáveis porque a iatrogenia, ou o “erro escusável”, *faut du servisse*, uma vez caracterizada, não gera a responsabilidade em qualquer uma de suas vertentes: civil, penal e administrativa. Aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica.

A jurisprudência também corrobora com o entendimento de que o dano iatrogênico se trata de um erro escusável e, portanto, não enseja a responsabilidade civil do médico.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUPOSTO ERRO MÉDICO. PARTO. DANO IATROGÊNICO. AUSÊNCIA DO DEVER INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nota-se pelo conjunto probatório constante dos autos, sobretudo pelo laudo pericial, que a conduta do médico assistente - opção pelo parto normal - foi a mais adequada diante da situação emergencial que se verificou com a rápida expulsão do feto pelo canal vaginal, de maneira que esse proceder foi acertado como forma de melhor preservar a vida da mãe e do recém-nascido, vez que não se poderia perder tempo diante da alteração brusca do quadro clínico. Ademais, a fratura do úmero ocorrida no recém-nascido decorreu da distócia de ombro, a qual é uma intercorrência possível em partos normais, tendo o médico assistente utilizado técnica adequada para a extração do feto, conforme conclusão do perito judicial. Assim, os danos experimentados pelo recém-nascido e por sua mãe não decorreram de conduta imprudente, negligente ou imperita do médico assistente, mas de eventos adversos possíveis em um parto, para os quais o médico público não concorreu. Desse modo, o que se verificou foi a ocorrência de um dano iatrogênico, decorrente da própria imprevisibilidade do corpo humano e para o qual não houve concorrência da equipe médica, de maneira que não é indenizável. 2. Agravo retido não conhecido. Apelação conhecida e improvida.<sup>83</sup>

### 3.2 Culpa Strictu Sensu

<sup>82</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.6.

<sup>83</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **AC: 20130111148003 0006448-12.2013.8.07.0018**. Relator: Maria Ivatônia. Data de Julgamento: 14/12/2016. 5ª Turma Cível. Data de Publicação: 10/02/2017.

Para a maior parte da doutrina, o erro médico se confunde com a culpa strictu sensu ou aquiliana. A culpa do profissional é fator preponderante para a caracterização do dever de indenizar pautado na responsabilidade subjetiva. A Responsabilidade civil do médico pode se dar mediante culpa por negligência, por imprudência ou por imperícia.

De acordo com Maria Helena Diniz<sup>84</sup>

Assim sendo, se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade do profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico; ele (CDC, art. 6.º, VIII) é que deverá provar que não houve inexecução culposa da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência (AASP, 2.093:180 e 1.º TACSP, Ap. 684.076-6, j. 9-3-1998) ou imprudência sua (RT, 407:174, 357, 196; JSTJ, 8:294).

A negligência caracteriza-se por uma conduta omissiva, que não observa o dever de cuidado que é inerente ao profissional. O agente não age com a cautela necessária que a situação demanda, mesmo tendo a possibilidade de fazer isso. Essas providências que não ocorreram poderiam evitar o efeito danoso às vítimas da negligência.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt<sup>85</sup>

Negligência não é um fato psicológico, mas sim um juízo de apreciação, exclusivamente: a comprovação que se faz de que o agente tinha possibilidade de prever as conseqüências de sua ação (previsibilidade objetiva). Enfim, o autor de um crime cometido por negligência não pensa na possibilidade do resultado; este fica fora do seu pensamento.

A negligência médica pode acontecer, por exemplo, quando o paciente necessita de cuidados médicos e o profissional não o atende, gerando uma situação de abandono. Também pode ocorrer nas situações em que o médico não encaminha o doente para um especialista quando realmente necessário, gerando um retardo de procedimentos médicos, bem como existe a obrigação de transferir o paciente para um hospital ou clínica com melhores recursos e isso não é realizado.

---

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 257.

<sup>85</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

A responsabilidade por negligência do médico pode ser apurada mesmo quando este não esteja em seu horário de plantão e algum dano ocorre ao paciente, pois deveria aguardar a chegada de seu substituto. Também pode ser configurada a negligência em casos de prescrições de medicamentos por telefone, em vez da visita de rotina aos seus pacientes. A liberação do paciente sem avaliação médica adequada e o consequente agravamento da doença também está enquadrada nesse caso.

Miguel Kfoury Neto<sup>86</sup> explica ser “necessário não confundir a negligência com a imperícia. Se, por exemplo, um médico injeta no paciente soro antitetânico sem o necessário teste, será negligente; mas se assim se comporta porque não sabe que se deve proceder à referida prova, demonstrará imperícia.”

A conduta comissiva com erro técnico que causa um dano ao paciente denomina-se imperícia pela doutrina. O médico pode cometer esse erro quando usa uma conduta considerada inadequada pelas normas técnicas vigentes. Isso pode acontecer por falta de conhecimento suficiente, inexperiência. Na imperícia, não há como o médico calcular a extensão do risco o qual submete o paciente, justamente por não direcionar a sua conduta para o evento que culminaria no dano. Nesse caso, a imperícia deriva do seu despreparo.

Rogério Greco<sup>87</sup> explica:

Fala-se em imperícia quando ocorre uma inaptidão momentânea ou não, do agente para o exercício da arte, profissão ou ofício. Diz-se que a imperícia está ligada, basicamente a atividade profissional do agente. Um cirurgião plástico, durante um ato cirúrgico, pode praticar atos que, naquela situação específica, conduzam a imperícia. Com isso não estamos querendo dizer que esse profissional seja imperito, mas sim, que naquele caso concreto, atuou com imperícia.

A ocorrência da imperícia se dá por exemplo, quando médico cirurgião obstetra realiza parto utilizando fórceps em paciente e atinge o crânio do feto causando grave lesão. A prescrição médica de fármacos com dosagem errada ou que não são adequados ao tratamento da doença pela

---

<sup>86</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>87</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19.ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1.

qual o paciente procura atendimento, causando por esse motivo, dano ao doente, também configura imperícia.

Como a falta de habilidade para executar determinado serviço é a característica da imperícia, há uma minoria doutrinária que considera inadmissível considerar o médico como imperito. Isso porque defendem que o profissional diplomado seria legalmente habilitado, o que excluiria essa possibilidade. A doutrina majoritária e a jurisprudência não coadunam com esse pensamento, considerando haver responsabilidade civil do médico nesses casos.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - DIAGNÓSTICO E PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTO ERRADO - NEXO CAUSAL - EFEITOS COLATERAIS E ADVERSOS NO MENOR - ATO ILÍCITO - CULPA POR IMPERÍCIA MÉDICA - DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS - INTERVENÇÃO MINISTÉRIO PÚBLICO - SENTENÇA MANTIDA - DESPROVIMENTO DO RECURSO. O dever de indenizar, por responsabilidade civil médica, resulta da demonstração de um dano causado por uma conduta ou omissão voluntária, negligente, imprudente ou imperita. A prescrição de medicação errada e inadequada para menores configura conduta médica negligente, imperita e imprudente, tendo em vista o potencial lesivo das reações que pode provocar e os riscos a que submete a vida e saúde do paciente. O perigo de dano é evidente, diante da constatação de que os efeitos colaterais previstos na bula do remédio são compatíveis com os sintomas apresentados pelo paciente. Constatada a negligência, a imprudência ou a imperícia no atendimento inicial do paciente, patente que houve falha na prestação do serviço que torna inescusável a responsabilidade do médico na indenização por danos materiais e morais. A indenização, por dano moral, deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que o quantum arbitrado se preste a atender ao caráter punitivo da medida e de recomposição dos prejuízos.<sup>88</sup>

A forma mais comum de erro médico segundo a doutrina denomina-se imprudência. Isso acontece quando o profissional age em determinada situação sem as precauções devidas, na maioria das vezes atuando de forma precipitada, sem pensar nas possíveis e até mesmo conhecidas consequências prováveis, causando um dano que poderia ser evitável ao paciente. É uma conduta comissiva que ocorre injustificadamente.

---

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **AC: 10439120171145001 MG**. Relator: Newton Teixeira Carvalho. Data de Julgamento: 12/12/2019. Data de Publicação: 17/12/2019.

O profissional deve agir com cautela, pois senão poderá multiplicar os riscos que costumam ser grandes demais na área médica, pois lida-se com vidas. Sergio Cavaliere Filho<sup>89</sup> diz que “a culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão.”

A doutrina considera haver uma linha tênue entre imprudência e imperícia, podendo até mesmo dizer que uma sempre deriva da outra. A conduta comissiva realizada pelo médico traria como consequência ao paciente a exposição desnecessária de riscos, por não conseguir avaliá-los adequadamente, acabaria por executá-la mesmo assim. De qualquer forma, a distinção de conceitos não interfere na obrigação de indenizar em caso de dano.

Nas palavras de Miguel Kfourri Neto<sup>90</sup>

No campo médico, entretanto, a dificuldade reside em se distinguir a imprudência da imperícia, e também na análise em torno do seguinte fato: o médico, ao se definir por determinada intervenção, agiu com imperícia, pois não conhecia a fundo o risco que ela envolvia, ou porque, tendo perfeita consciência do risco, resolveu avançar sua ação além dos limites da licitude.

A imprudência está presente quando o médico realiza uma cirurgia sem a equipe completa para tal procedimento, por achar desnecessário, causando lesão ao paciente. Outro exemplo seria do médico que concede uma alta hospitalar, mesmo o paciente precisando ficar em observação por mais tempo, e após algum tempo esse paciente vem a falecer por consequência desse ato.

### **3.3 Aplicabilidade dos Excludentes da Responsabilidade Civil**

Existem algumas situações nas quais o médico não será submetido a indenizar o paciente lesionado em caso de erro. As causas que excluem a responsabilidade civil desse profissional de saúde não excluem a ilicitude da conduta praticada, mas atuam rompendo o nexo de causalidade entre esta conduta e o dano.

---

<sup>89</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.405.

<sup>90</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

### 3.3.1 Caso fortuito e Força maior

Considerados como excludentes da responsabilidade civil, o caso fortuito e a força maior estão presentes no artigo 393 do Código Civil de 2002 que estabelece que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles se responsabilizado.”

Alguns doutrinadores como Sergio Cavalieri e Marco Aurélio Bezerra de Melo não fazem distinção entre caso fortuito e força maior, afirmando que não há diferença substancial entre ambos. Outros autores como Pablo Stolze e Maria Helena Diniz dizem que os conceitos são diferentes. Portanto, ainda não há consenso se são sinônimos ou não, mas de qualquer forma, o fato é que atingem o nexo causal entre dano e conduta.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho<sup>91</sup>:

Muito já se discutiu sobre a diferença entre o caso fortuito e a força maior; mas até hoje não se chegou a um entendimento uniforme. O que um autor diz que é força maior outro diz que é caso fortuito e vice-versa. Outros chegam a concluir que não há diferença substancial entre ambos. O que é indiscutível é que tanto um como outro estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior, a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente.

Maria Helena Diniz<sup>92</sup> ensina:

(...) na “força maior” conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc. Já “no caso fortuito”, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte.

<sup>91</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.71.

<sup>92</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2. p. 346-347.

Sendo assim, haverá a exclusão da responsabilidade civil do médico quando o caso fortuito ou força maior se apresentar como o fator inevitável que causou o dano ao paciente, sendo, portanto, considerado inevitável por parte do agente. O médico não tinha a possibilidade de impedir o dano, não podendo então receber a culpa pelo acontecimento.

Genival Veloso de França<sup>93</sup> diz que em alguns casos pode-se considerar caso fortuito ou força maior “infecções, inflamações, reações alérgicas e cicatrizações atípicas”. Cada caso deverá ser analisado concretamente para saber em que condições a situação aconteceu e se a ocorrência realmente não poderia ter sido evitada.

Podemos dar como exemplo um paciente que tenha alergia a um medicamento e informe ao médico, mas mesmo assim o remédio é administrado. Nessa situação, não há como excluir a responsabilidade civil do profissional, pois não houve caso fortuito ou força maior. Entretanto, se o paciente gravemente doente acaba contraindo uma infecção hospitalar, mesmo com todas as normas técnicas sendo seguidas pelo hospital e pelos profissionais de saúde, pode-se estar diante de um excludente do dever de indenizar, pois o dano não tinha como ser impedido.

### **3.3.2 Culpa da Vítima**

Considerada mais uma excludente da responsabilidade civil, quando temos a culpa exclusiva da vítima, a responsabilidade do agente pelo dano desaparece. Nesse caso, o nexo de causalidade entre o ato praticado pelo agente e o prejuízo que a vítima enfrentou foi inexistente. A conduta considerada negligente, imprudente ou imperita adotada pela pessoa que sofreu o evento danoso que foi a sua causa.

O médico não poderá ser responsabilizado pelo comportamento que o paciente possui, caso este descumpra as recomendações do profissional quanto ao tratamento e estilo de vida que deverá adotar para curar-se da enfermidade. Deverá ser observado se o dano realmente foi consequência desses atos do paciente para análise da existência ou não da responsabilidade civil do médico.

---

<sup>93</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A culpa exclusiva da vítima pode acontecer, por exemplo, quando uma pessoa procura um consultório e tem o diagnóstico de pneumonia confirmado, recebe todas as orientações sobre o tratamento que deverá seguir, como a prescrição médica com a dosagem de antibióticos e antiinflamatórios que deverá usar e simplesmente não faz o uso das medicações receitadas. Nesse caso, não há como responsabilizar civilmente o médico e nem condená-lo a alguma indenização.

Miguel Kfoury Neto<sup>94</sup> observa:

Não é exagerado dizer-se que, assim como os médicos têm obrigações a cumprir dentro da relação profissional, o paciente também tem suas obrigações no cumprimento de cuidados com as condutas e prescrições a seguir. Até já se disse que, igual aos médicos, os pacientes têm obrigação de meios, contribuindo para a obtenção de um bom resultado em favor de sua vida e de sua saúde. Ou seja, a obrigação dos pacientes é no sentido de criar as melhores condições possíveis para a cura de suas doenças.

Em alguns casos, não poderemos responsabilizar o médico integralmente, pois a sua conduta não foi a única responsável em causar o dano. O paciente possui culpa concorrente, também chamada de culpa comum para a ocorrência do fato.

Nessas situações em que vítima e agente contribuem para o evento, haverá a repartição da responsabilidade entre os dois e a indenização devida pelo profissional deverá ser calculada de acordo com a sua contribuição para o evento, ou seja, seu grau de culpa, com base no artigo 945 do Código Civil.<sup>95</sup>

Como exemplo, podemos citar o de um paciente que passa por uma cirurgia e deveria retornar para revisão e não o faz. Com o agravamento do quadro procura atendimento médico no qual somente é receitado analgésicos. O paciente vem a falecer de infecção que deveria ter sido diagnosticada na consulta. Temos um caso de culpa concorrente pois tanto médico quanto paciente contribuíram para o desfecho trágico.

### 3.3.3 Fato de Terceiro

---

<sup>94</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>95</sup> Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

A responsabilidade civil do agente é inexistente, quando a causa do dano for imputada a um terceiro, ou seja, nem agente nem vítima contribuíram para o fato. Sendo assim, essa situação criada por outra pessoa estranha a relação rompe o nexo causal entre a conduta do agente e o dano.

O médico não possuirá o dever de indenizar quando pessoa estranha à relação entre o profissional e o paciente for o causador da lesão. Deve-se avaliar se o terceiro recebeu ordens do médico, como um auxiliar de enfermagem por exemplo, sendo contratado por ele para atuar da forma como agiu, pois nesses casos, a responsabilidade do médico é cabível.

Para que se configure a exclusão da responsabilidade civil por fato de terceiro é necessário que o fato tenha sido inevitável ou imprevisível pelo médico. Se o profissional tiver como evitar o dano ao paciente pelo ato que se sucedeu de outra pessoa, mas não o fez, possuirá o dever de indenizar a vítima de qualquer forma.

Podemos citar como exemplo o caso de uma criança que irá ser submetida a um procedimento cirúrgico o qual necessita de anestesia. O médico informa aos responsáveis a necessidade de jejum anterior a cirurgia. Os pais não cumprem a recomendação médica e alimentam a criança sem conhecimento da equipe médica e da enfermagem, não informando o ocorrido quando questionados. Nesse caso, não há como atribuir a responsabilidade civil ao médico quando o paciente apresentou lesão ao receber a anestesia para a cirurgia.

Genival Veloso de França<sup>96</sup> conclui:

Por fim, fica claro que, comprovada a responsabilidade do paciente ou de terceiros, fica o médico demandado isento de reparação dos danos materiais e existenciais. E, se o médico se julgar ofendido pelos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais causados pela falsa imputação, acreditamos que tem ele o direito de pleitear uma indenização contra o paciente.

### 3.3.4 Cláusula de Não Indenizar

---

<sup>96</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O princípio da autonomia de vontades diz que as pessoas possuem ampla liberdade para contratar, podendo celebrar acordos de vontades tutelados juridicamente. Dessa forma, poderiam estipular cláusulas contratuais que limitassem o dever de indenizar caso a obrigação contratual não fosse cumprida, isso tudo desde que sejam capazes e o objeto seja lícito.

A cláusula de não indenizar não atua no rompimento do nexo causal, ou seja, na relação de causa e efeito entre a conduta exercida pelo agente e o efeito gerado na vítima. Caso essa convenção não estivesse estipulada no contrato por convenção das partes, a responsabilidade civil do agente se faria presente em caso de dano.

Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>97</sup> define a cláusula de não indenizar como sendo “o acerto entre os contratantes em que estes afastam de si o dever de indenizar em situação na qual normalmente deveriam responder pelo dano.” De qualquer forma, quando presente nos contratos não poderá contrariar normas de ordem pública e nem os bons costumes.

A doutrina considera a presença nos contratos da cláusula de não indenizar ou cláusula de irresponsabilidade, como também é chamada, como um dos excludentes da responsabilidade civil. Essa situação deriva da manifestação de vontade justamente com o objetivo de evitar uma possível indenização. Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, essa situação não é bem vista, pois a regra geral será sempre a reparação do prejuízo, e não fazer com que a vítima suporte os danos.

A cláusula de não indenizar encontra várias limitações pela doutrina, sendo inválida por exemplo nos casos de dolo ou culpa grave. Também é vedado o seu uso nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Portanto não pode estar presente nos contratos médicos isentando previamente a obrigação de indenizar do profissional, pois colocaria o consumidor em desvantagem exagerada. Essa cláusula somente é aceita pela doutrina ou pela jurisprudência quando diante de situações em que haja igualdade entre as partes, nas quais não seria configurada uma renúncia da parte economicamente mais fraca.

---

<sup>97</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.311.

Miguel Kfourri Neto<sup>98</sup> esclarece:

Aguiar Dias responde à indagação, referindo-se ao dever do médico de empregar todos os meios a fim de obter a cura. A responsabilidade médica nasce de erro manifesto. Daí decorre que o médico, em certo grau, já goza de cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da própria ciência. Portanto, onde se poderia convencená-la, ela já existe – e fora daí se verifica absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano.

Fabício Zamprogna Martiello<sup>99</sup> conclui:

Portanto, uma vez apurada a responsabilidade, e estando a contratação médica vinculada a direitos de caráter indisponível, resta impedida a eficácia da cláusula de não indenizar, a qual, uma vez aceita, tornar-se-ia fator de insegurança para o paciente e fomento à displicência do mau profissional, de antemão liberado da responsabilidade por eventual superveniência de erro na condução do caso. Não obstante a parcela patrimonial da relação contratual seja direito disponível, admitindo, teoricamente, renúncia por parte do lesado, o contexto inteiro da contratação recomenda que se impeça toda variante que possa acrescentar riscos à finalidade última do liame negocial, esta sim atrelada a princípios de ordem pública e inderrogáveis pela vontade das partes

### 3.4 A Responsabilidade Civil por Erro Médico nos Casos Concretos

A caracterização do erro médico é uma tarefa de difícil execução, pois esbarra em uma área que, embora esteja cada vez mais avançada, ainda possui uma certa obscuridade que é a ciência médica. A evolução da medicina acontece exponencialmente, mas o corpo humano possui sua peculiaridade e cada indivíduo é único. Logo, as respostas fisiológicas também serão singulares, podendo haver várias para o mesmo tratamento ou procedimento.

É esperado que a maioria dos desfechos em relação aos tratamentos médicos sejam conhecidos, dado o estudo prévio e constante das técnicas médicas. Afinal, esse é um dos motivos de anos de pesquisas científicas para que um medicamento seja aprovado, ou um tratamento seja criado. A cada ano que passa o rigor e o controle para que sejam liberados com segurança aumentam mais.

---

<sup>98</sup> DIAS, José de Aguiar *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>99</sup> MARTIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.28.

O objetivo principal será sempre melhorar a condição do paciente, isso se não for possível a cura da enfermidade tratada. Em alguns casos, o efeito adverso só será conhecido depois do término das pesquisas, quando o procedimento ou a droga já tiver sido realizado ou usada pelo paciente. Entretanto, nesses casos, a culpa não será do médico que se utilizou deles e sim da empresa que os criou, se poderia ter sido previsto e não foi.

Como já foi dito anteriormente, a responsabilidade civil dos médicos é considerada subjetiva pela doutrina e pela jurisprudência. Constatar um erro médico exige prova de que o profissional não atuou com a conduta exigida na situação, ou seja, não agiu com o dever de cuidado necessário com o paciente, realizando uma conduta negligente, imprudente ou imperita. Sendo assim, também deverá ser demonstrado que não foi uma consequência provável do tratamento.

Para que seja verificada a forma como é tratada a questão do erro médico e sua responsabilização pelo profissional, serão analisados alguns casos concretos dos últimos cinco anos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O caso apresentado a seguir é um exemplo da discussão acerca da responsabilização por erro médico quando existem vários envolvidos na situação, formando uma cadeia de consumo. Geralmente isso acontece entre paciente, equipe médica, plano de saúde e hospital ou clínica. Pode-se verificar que ainda existe divergência na jurisprudência sobre a existência de solidariedade entre eles ou não.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE VASECTOMIA REALIZADA POR NEGLIGÊNCIA MÉDICA. PROCEDIMENTO CONTRATADO ERA APENAS DE RETIRADA DE FIMOSE. HOSPITAL E OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CONFIGURADA. QUANTO AO MÉRITO INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO ENTRE O MÉDICO E O HOSPITAL. CONTRATAÇÃO PARTICULAR DA CIRURGIA SEM VÍNCULO COM O PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA EXCLUSIVA DO MÉDICO CIRURGIÃO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. EXORBITÂNCIA OU IRRISORIEDADE. NÃO VERIFICADAS. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. READEQUAÇÃO. 1. Ação ajuizada em 08/03/05. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 09/08/17. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal consiste em definir: i) a legitimidade passiva para a causa de hospital e operadora de plano de saúde; ii) a configuração de dano material e moral indenizável; iii) os limites da responsabilidade do hospital, da operadora e do médico, em razão de

erro médico na cirurgia de paciente; iv) a revisão do valor da compensação por danos morais no particular. 3. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por paciente que se submeteu à cirurgia de retirada de fimose, mas foi surpreendido durante sua execução com a equivocada cirurgia de vasectomia. 4. As condições da ação são averiguadas de acordo com a teoria da asserção, razão pela qual, para que se reconheça a legitimidade passiva "ad causam", os argumentos aduzidos na inicial devem possibilitar a inferência, em um exame puramente abstrato, de que o réu pode ser o sujeito responsável pela violação do direito subjetivo do autor. 5. A responsabilidade objetiva para o prestador de serviço, prevista no art. 14 do CDC, na hipótese de tratar-se de hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como estadia do paciente (internação e alimentação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). 6. Se o dano decorre de falha técnica restrita ao profissional médico, que não possui qualquer vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição - não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar a vítima. 7. Ausente vínculo entre o profissional causador do dano e a operadora de plano de saúde, em razão da contratação em caráter exclusivamente particular, não se pode imputar a esta a responsabilidade pelo ilícito para o qual não contribuiu de nenhuma maneira. 8. A argumentação tecida pelo médico-recorrente de inexistência de dano ao paciente - inclusive destacando trechos do laudo pericial que, em tese, amparam sua pretensão - encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois inadmissível em recurso especial a revisão de fatos e provas que atestaram os danos de ordem material e moral, decorrentes do erro médico na realização da cirurgia contratada. 9. Em relação ao valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de compensação por danos morais, a jurisprudência desta Corte orienta que apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado evidente exagero ou irrisoriedade da quantia, o recurso especial seria a via adequada para nova fixação excepcional. Circunstâncias não verificadas na hipótese concreta. 10. Recurso especial interposto pelo médico e pelo paciente conhecido e não provido. Recurso especial interposto pelo hospital e pela operadora de plano de saúde conhecido e provido.<sup>100</sup>

O autor do processo acima alega ter sido vítima de erro médico durante a realização de um procedimento cirúrgico realizado no Hospital e Maternidade Vida's LTDA com o objetivo de tratar uma condição patológica denominada fimose. Afirma que além disso, foi também realizada uma tentativa de vasectomia, em virtude de erro médico, o que ocasionou o rompimento do seu noivado e grande prejuízo psicológico pela incerteza do resultado cirúrgico. Procurou outro médico que constatou o rompimento de um dos canais responsáveis pela fertilidade.

O juízo de primeiro grau condenou os réus solidariamente, por fazerem parte de uma cadeia de fornecimento de serviço, ao pagamento de danos morais e a uma cirurgia de reversão do ducto cortado por erro médico. Entretanto, não acatou o pedido de reembolso das despesas médicas com

---

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **REsp: 1733387 SP 2015/0189446-2**, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 15/05/2018. Data de Publicação: 18/05/2018.

as consultas e nem da cirurgia de fimose, por entender que se trataria de enriquecimento sem causa, pois as mesmas foram realizadas.

Em acórdão, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento a apelação interposta pelo autor para reembolso da primeira cirurgia, mas manteve o pagamento de danos morais e da cirurgia de reversão da possível vasectomia pelo hospital e pelo plano de saúde julgando improcedente a apelação interposta por estes. Fundamentou a decisão no fato de fazerem parte da cadeia de fornecimento de serviço devendo responder solidariamente por danos causados pelo médico envolvido no caso.

Em Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, o hospital arguiu ilegitimidade para a causa por entender que o médico não fazia parte de seu quadro de funcionários, usando somente as instalações para atendimento de pacientes particulares. Da mesma forma, o plano de saúde alegou que tem contrato com o hospital em questão para atendimento de seus conveniados, mas que o paciente não é um deles e que a cirurgia teria sido em caráter particular. Ambos solicitaram redução do valor da condenação em danos morais.

Já o autor, também em recurso especial ao STJ, alegou que os valores de pagamento de danos morais ficaram abaixo do esperado para um paciente submetido a vasectomia por erro médico aos 20 anos de idade. Já o médico continuou alegando que não houve dano, devido ao exame de fertilidade estar dentro da normalidade. Isso foi demonstrado como prova pericial, mas a alteração anatômica sofrida erroneamente na cirurgia também foi verificada pela perícia.

O STJ negou provimento ao recurso do médico por entender que houve sim erro por negligência médica mesmo não havendo comprometimento da função reprodutora do paciente, já que a anatomia foi alterada, causando incerteza e sofrimento ao doente. Também negou provimento ao recurso do paciente, por entender que o valor arbitrado em danos morais estava correto. Entretanto, deu provimento ao recurso tanto do plano de saúde quanto do hospital negando a formação de cadeia de fornecimento de serviço.

[...] Esses dados de ordem fática, contudo, não são suficientes para ampliar a responsabilidade ao nosocômio, afinal: i) o dano foi causado ao paciente única e

exclusivamente por negligência do médico, que deixou de realizar a cirurgia correta; ii) o dano não decorreu de nenhum serviço de atribuição da entidade hospitalar; iii) não há vínculo de subordinação do médico ao hospital, a fazer incidir a responsabilidade por ato de preposto (art. 932, do CC); iv) a locação da infraestrutura e a marcação de consultas por recepcionistas não são suficientes para caracterizar verdadeira ingerência (seja por interesse na execução do serviço, seja por ordem hierárquica) na atuação técnica exclusiva do profissional de saúde, que atuou em caráter particular na cirurgia do paciente. De igual modo, não se identifica razão para condenar a operadora de plano de saúde na espécie, pois o atendimento se deu em caráter particular, por escolha livre e consciente do médico urologista responsável pela condução do tratamento.

Na análise de outro caso concreto, temos um caso de erro médico por esquecimento de fio de aço na área do joelho onde foi realizada uma cirurgia ortopédica. O paciente alegou ter sido necessário novo procedimento para retirada do material.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ORTOPÉDICA. CORPO ESTRANHO. FIO DE AÇO NO JOELHO DO PACIENTE. DESCOBERTA POSTERIOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBJETIVA DO HOSPITAL E DO MÉDICO INTEGRANTE DE SEU CORPO CLÍNICO. VALOR DO DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ. EXORBITÂNCIA. NÃO CONFIGURADA. PECULIARIDADES FÁTICAS REGISTRADAS NA ORIGEM. 1. Ação ajuizada em 20/09/11. Recurso especial interposto em 27/02/15 e concluso ao gabinete em 07/11/16. Julgamento: CPC/73. 2. Ação de compensação por danos morais, cuja causa de pedir se refere a erro médico que deixou, na cirurgia, pedaço de metal no joelho do paciente, ocasionando dores, perda temporária da deambulação e submissão a nova cirurgia de remoção do corpo estranho. 3. O propósito recursal consiste em definir: i) se há ato ilícito imputável ao hospital em razão do corpo estranho deixado no joelho do paciente em procedimento cirúrgico; ii) se a reparação do dano moral na hipótese dos autos converte o sofrimento em método de captação de lucro; iii) se o valor arbitrado na origem é passível de revisão no STJ. 4. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico integrante de seu corpo clínico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 5. A argumentação tecida pelo hospital recorrente de inexistência de erro médico encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois inadmissível em recurso especial a revisão de fatos e provas que atestaram a culpa do cirurgião causador do dano ao paciente. 6. A configuração do dano moral na hipótese dos autos decorre dos sofrimentos e angústias vividas pelo recorrido, muito além de um simples e cotidiano aborrecimento. Não se pode confundir a propalada “indústria do dano moral” com as situações em que há efetiva violação da esfera íntima da personalidade da vítima, trazendo angústias que ultrapassam sensivelmente o simples dissabor de expectativas não alcançadas no mundo contemporâneo. 7. Em relação ao valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de compensação por danos morais, a jurisprudência desta Corte orienta que apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado evidente exagero ou irrisoriedade da quantia, o recurso especial seria a via

adequada para nova fixação excepcional. Circunstâncias não verificadas na hipótese concreta. 8. Recurso especial conhecido e não provido.<sup>101</sup>

O autor da ação alega que ficou sentindo dores após se submeter a um procedimento cirúrgico. Procurou outro profissional para nova avaliação e de acordo com exames realizados, constatou-se o erro médico com a presença do corpo estranho em seu joelho. O magistrado julgou procedente o pedido de danos morais, mas em apelação do réu, o Tribunal de origem reduziu o quantum indenizatório.

Em recurso especial ao STJ, o hospital alegou não ter havido erro médico devido ao fato de ser de difícil visualização o pedaço de fio de aço esquecido dentro do paciente. Também alegou que não seria responsável pelo erro de um médico contratado. Entretanto, mediante perícia já realizada, não restaram dúvidas de que houve negligência médica, pelo fato do material ser facilmente visto em exames.

O STJ confirmou a responsabilidade civil objetiva do hospital nesse caso, condenando-o solidariamente ao médico ao pagamento de danos morais à vítima por erro. A comprovação da culpa do médico foi necessária nesse caso para que o hospital fosse responsabilizado. A instituição hospitalar tem o dever de contratar profissionais competentes para seu estabelecimento.

Na análise de outro caso, desta vez do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pode-se perceber que não é possível prever o desfecho de um tratamento médico ou cirúrgico, devido às variáveis que podem ocorrer em seu andamento, como por exemplo, um dano iatrogênico. A caracterização ou não do erro médico e a comprovação da culpa do profissional devem ser avaliadas com cautela pelo magistrado mediante análise de todas as provas cabíveis apresentadas.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DA AUTORA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL. EXIGÊNCIA DA PROVA DA CULPA. EXEGESE DO ART. 14, § 4º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LAUDO PERICIAL QUE NÃO APONTOU ERRO NO PROCEDIMENTO TÉCNICO ADOTADO PELO MÉDICO. AUSÊNCIA DE

---

<sup>101</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3.Turma). **Resp: 1662845 SP 2016/0289395-6**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 22/03/2018. Data de Publicação: 26/03/2018.

PROVA MÍNIMA DA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Os hospitais, na qualidade de fornecedores de serviços, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, ou seja, independente de culpa, na forma do art. 14, caput, do CDC, bastando a comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade entre a ação (comissiva ou omissiva) e o dano; 2. No que diz à responsabilização civil do médico, é necessária a análise subjetiva de sua conduta, não prescindindo da demonstração do agir culposo para sua caracterização (art. 14, § 4º, do CDC); 3. Nesse contexto, não há como se responsabilizar objetivamente os hospitais por condutas de médicos que integram o seu corpo clínico sem antes verificar se houve conduta culposa por parte desses profissionais, cuja responsabilidade é subjetiva; 4. No caso concreto, a autora, diagnosticada com apendicite aguda, foi submetida à uma videolaparoscopia. No entanto, em razão de rotura da artéria íleo-ceco-colica, que gerou hemorragia, foi realizada a abertura cirúrgica da cavidade abdominal (laparotomia), resultando em cicatriz na paciente; 5. Laudo pericial conclusivo no sentido de que não houve erro médico, e que o rompimento da artéria que resultou na necessidade de realização de laparotomia não decorreu de imperícia do cirurgião. Ainda, que a conversão para laparotomia tradicional em razão de adversidades de ordem técnica é correta, “sem que constitua em complicação”; 6. Dessa forma, ausente ativo principal da responsabilidade civil (o ato ilícito), não há que se falar em dever de indenizar; 7. Recurso desprovido.<sup>102</sup>

A autora da ação entrou com pedido de danos morais em desfavor do médico e do hospital onde foi atendida por alegar ter sofrido erro médico durante uma cirurgia para retirada de apêndice. O procedimento deveria ter sido por videolaparoscopia na totalidade, mas acabou sendo convertido em laparotomia devido ao rompimento de uma artéria abdominal.

O magistrado negou o pedido da autora por entender não ter havido erro médico. O procedimento apresentou um dano iatrogênico descrito na literatura médica como possível nesses casos de retirada de apêndice. Devido ao processo inflamatório, pode ocorrer fragilidade de artéria e possível rompimento. A perícia concluiu que a conversão em laparotomia foi correta para salvar a vida da paciente e não por imperícia médica. A vítima apelou da sentença, mas o Tribunal manteve a sentença de improcedência.

---

<sup>102</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **APL: 00141216820158190045**. Relator: Luiz Fernando de Andrade Pinto. 25ª Câmara Cível, Data de Julgamento e Data da publicação: 13/02/2019.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é um tema de grande repercussão não só no direito brasileiro, mas em vários ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo. A indenização do dano buscado pela vítima é um direito que merece ser alcançado, quando todos os pressupostos que baseiam o seu estudo estão presente e foram analisados pelo judiciário.

O presente estudo teve como objetivo analisar esse instituto e sua aplicação aos casos de erro médico no Brasil. Foram abordados diversos aspectos inerentes a esses profissionais da saúde e suas peculiaridades, como a legislação os diferencia de outros profissionais, considerando-os como fornecedores e como profissionais liberais por exemplo, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, foi visto que a obrigação assumida pelo médico quase sempre é de meio, ou seja, o profissional não tem o dever de curar o paciente, mas sim de empregar as técnicas e habilidades que possui com o objetivo de gerar o melhor desfecho possível para o paciente. Em alguns casos como cirurgias estéticas que não sejam reparadoras e anestesiologia, a obrigação é considerada de resultado.

Verificou-se que a responsabilidade civil do médico é entendida como subjetiva pela doutrina e pela jurisprudência, devendo ser comprovada a culpa do profissional, ou seja, a sua conduta comissiva ou omissiva deve ser considerada inapropriada por ter agido com imprudência, negligência ou imperícia durante a prática médica, como definido pelo Código Civil em seu artigo 186.

Foi visto que existem erros cometidos pelos médicos que não são passíveis de responsabilização civil. Isso porque pode se tratar de um erro inescusável ou mediante uma conduta que não tenha a culpa como pressuposto. Cometer erros é inerente ao ser humano, e além disso, a medicina não é considerada uma ciência exata. Também pode-se estar diante de uma excludente da responsabilidade civil, como um caso fortuito ou força maior. Sendo assim, cada caso deve ser analisado singularmente quando um dano acontece ao paciente.

A análise de casos concretos mostrou-se necessária para que se verificasse como esse tema encontra-se tratado pela jurisprudência de alguns tribunais do país. Assim, foi possível verificar o quanto é difícil para a vítima provar a existência do erro médico, conseguir responsabilizar civilmente o médico e ser indenizada por ele. O magistrado pode solicitar provas testemunhais ou periciais, além da inversão do ônus da prova em favor da vítima caso entenda ser cabível, com base no CDC.

Podemos concluir que os danos causados por erro médico na maioria das vezes deixam sequelas materiais e psicológicas no paciente ou em sua família. Por outro lado, deve-se levar em consideração o fato da medicina, mesmo com toda a evolução tecnológica, não ser passível de prever todos os eventos que podem ocorrer a uma pessoa. Sendo assim, deve-se ter muito cuidado ao analisar o caso concreto, buscando principalmente uma perícia altamente especializada, para que se condene o médico à responsabilização civil por seus atos.

## 5 REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **A Responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 de novembro de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 04 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 16 de dezembro de 2020.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 379** da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>. Acesso em: 12 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Resolução do CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 18 de dezembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1733387 SP 2015/0189446-2**. Relator: Ministra Nancy Andriighi. Data de Julgamento: 15/05/2018. Data de Publicação: 18/05/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584000510/recurso-especial-resp-1733387-sp-2015-0189446-2>. Acesso em: 06 de janeiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1662845 SP 2016/0289395-6**. Relator: Ministra Nancy Andriighi. Data de Julgamento: 22/03/2018. Data de Publicação: 26/03/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860030324/recurso-especial-resp-1662845-sp-2016-0289395-6?ref=serp>. Acesso em: 08 de janeiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 608**. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, salvo os administrados por entidade de autogestão. Brasília, DF, 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27608%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27608%27).sub). Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível nº 20130111148003 0006448-12.2013.8.07.0018**. 5ª Turma Cível. Relator: Maria Ivatônia, Data de Julgamento: 14/12/2016. Data de Publicação: 10/02/2017. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429033244/20130111148003-0006448-1220138070018>. Acesso em: 03 de janeiro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10114100031318001MG**, 16ª Câmara Cível, Relator: Wagner Wilson, Data de Julgamento: 22/06/2016, Data de Publicação: 01/07/2016. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887580475/apelacao-civel-ac-10114100031318001-mg>. Acesso em: 19 de dezembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10439120171145001 MG**. 13ª Câmara Cível. Relator: Newton Teixeira Carvalho. Data de Julgamento: 12/12/2019. Data de Publicação: 17/12/2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/793585875/apelacao-civel-ac-10439120171145001-mg>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 00008104820128260068 SP 0000810-48.2012.8.26.0068**. 6ª Câmara de Direito Público. Relator: Maria Olívia Alves. Data de Julgamento: 26/03/2018, Data de Publicação: 27/03/2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/893983034/apelacao-civel-ac-8104820128260068-sp-0000810-4820128260068>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 00141216820158190045**. 25ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto. Data de Julgamento: 13/02/2019. Data de Publicação: 13/02/2019. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692132171/apelacao-apl-141216820158190045>. Acesso em: 7 de janeiro de 2021.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral das Obrigações. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.7.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; COSTA, José Pedro Brito da. **Responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma**: uma questão de coligação contratual. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 47, nov.-fev./2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19 ed. Niteroi: Impetus. 2017. v.1.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2010.

MARTIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito da Obrigações e Responsabilidade Civil. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.2.

TOMÉ, Patricia Rizzo. **Responsabilidade Civil Médica**. 1.ed. São Paulo: Lisbon. 2020.

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/do-erro-a-culpa-na-responsabilidade-civil-do-medico/>. Acesso em: 12 de janeiro de 2021.