

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

BRUNA BRINING

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE ERRO
MÉDICO COMETIDO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE: UMA
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES**

**Rio do Sul – SC
2021**

BRUNA BRINING

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE ERRO
MÉDICO COMETIDO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE: UMA
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito,
pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento
do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI

Orientadora: Professora Mestra Vanessa Cristina
Bauer

Rio do Sul - SC

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

A monografia intitulada “**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM
DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO COMETIDO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO
PÚBLICO DE SAÚDE: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ENTENDIMENTO
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**”, elaborada pela acadêmica BRUNA BRINING, foi
considerada

() APROVADA

() REPROVADA

por todos os membros da banca examinadora para a obtenção do título de
BACHAREL EM DIREITO, merecendo nota_____.

_____, _____ de _____ de _____.

Prof. Mickhael Erik Alexander Bachmann
Coordenador do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: _____

Membro: _____

Membro: _____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Rio do Sul, 21 de outubro de 2021.

BRUNA BRINING

Acadêmica

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar quero agradecer à Deus por ter me permitido chegar até aqui, pois no dia 07 de maio de 2019 com a sua graça e misericórdia me concedeu uma nova chance de continuar vivendo, após sair ilesa de um acidente de carro, onde tive apenas perdas materiais; agradecer por poder chegar até aqui e realizar o sonho de finalizar o curso de graduação em Direito, de poder estar ao lado da minha família, amigos e meu noivo Michel.

Quero agradecer também à minha mãe Cassiane que lá no início de tudo abriu mão de tratamento de saúde, ao meu pai Adriano que acordou todos os dias de madrugada enquanto todos ainda estavam em suas camas para ir trabalhar, agradecer aos esforços de ambos para que eu pudesse realizar esse sonho.

Agradecer em especial ao meu noivo por ter me dado suporte emocional e por ter me aturado nesses longos meses em que perdurou a elaboração dessa monografia.

E um agradecimento a todos que de alguma forma me ajudaram e incentivaram nessa longa caminhada.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a jurisprudência pátria nos casos de erro médico cometido na prestação de serviço público de saúde. Assim, serão abordados os aspectos gerais da responsabilidade civil, analisando-se o seu conceito, a evolução histórica e os pressupostos para sua configuração. Para tanto, primeiramente será apontado a diferença entre a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade civil subjetiva, bem como os seus requisitos. Também será feito um levantamento da responsabilidade extracontratual do Estado, demonstrando-se as várias teorias de responsabilização e a falta de uniformidade das decisões prolatadas por nossos Tribunais. Ainda, será analisada a responsabilização do agente público. E, por fim, será analisado o serviço público de saúde, a responsabilidade civil do médico, a implicação da teoria da perda de uma chance e a discussão acerca do polo passivo nas ações indenizatórias. Faz-se necessário um estudo mais aprofundado acerca do tema, tendo em vista o aumento de casos de erros médicos que chegam ao Poder Judiciário e a dificuldade dos operadores de direito em aplicar a correta responsabilização ao Estado. O método de abordagem utilizado na elaboração da monografia é o indutivo e o levantamento de dados é feito através de pesquisa bibliográfica. Nas considerações finais serão abordados os tópicos tratados na presente monografia e, ao final, verifica-se que em que pese a grande maioria dos doutrinadores faça distinção do tipo de ato praticado pelo agente para fins de responsabilizar o Estado, para os Tribunais Superiores não há diferença entre ato omissivo ou comissivo, bastando tão somente a conduta, dano e nexos de causalidade entre um e outro, aplicando-se dessa forma a Teoria do Risco administrativo.

Palavras-chaves: Erro Médico; Prestação de Serviço Público de Saúde; Responsabilidade Civil; Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the Brazilian jurisprudence in cases of medical error committed in the provision of public health services. Thus, the general aspects of civil liability will be addressed, analyzing its concept, historical evolution and assumptions for its configuration. For that, firstly, the difference between objective civil responsibility and subjective civil responsibility will be pointed out, as well as its requirements. A survey of the State's non-contractual liability will also be carried out, demonstrating the various theories of accountability and the lack of uniformity in the decisions handed down by our Courts. Also, the accountability of the public agent will be analyzed. And, finally, the public health service, the physician's civil liability, the implication of the theory of losing a chance and the discussion about the defendant in indemnity actions will be analyzed. A more in-depth study on the subject is necessary, in view of the increase in cases of medical errors that reach the Judiciary and the difficulty of legal practitioners in applying the correct accountability to the State. The approach method used in the preparation of the monograph is inductive and the data collection is done through bibliographical research. The final considerations will address the topics dealt with in this monograph and, in the end, it appears that, despite the vast majority of scholars distinguish the type of act performed by the agent for the purpose of holding the State responsible, for the Superior Courts there is no difference between an omissive or commissive act, just the conduct, damage and causal link between one and the other, thus applying the Theory of Administrative Risk.

Keywords: Medical error; Provision of Public Health Service; Civil responsibility; State responsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
Art.	Artigo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
CFRB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Sumário

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 CONCEITO E FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
2.3.1 CONDUTA HUMANA	17
2.3.2 DANO	19
2.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE	20
2.3.4 CULPA	21
2.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	22
3 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO	23
3.1 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO	24
3.1.1 TEORIAS CIVILISTAS	24
3.1.2 TEORIAS PUBLICISTAS	26
3.2 TEORIA DO ÓRGÃO OU DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO VOLITIVA	30
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO.....	31
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO COMETIDO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE	32
4.1 SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE	32
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	34
4.3 ERRO MÉDICO	36
4.3.1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	39
4.4 POLO PASSIVO DA AÇÃO INDENIZATÓRIA	41
4.5 ANÁLISE DOCTRINÁRIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO	45

4.6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O objeto da presente monografia é a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores nos casos de responsabilidade civil do Estado em decorrência de erro médico cometido na prestação de serviço público de saúde.

O seu objetivo institucional é a produção da monografia como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI.

O objetivo geral desta monografia é investigar a aplicabilidade na jurisprudência dos Tribunais Superiores da teoria objetiva, pautada no risco administrativo, na responsabilização do Estado nos casos de erro médico na prestação de serviço público de saúde.

Os objetivos específicos da presente monografia são: a) analisar os aspectos gerais da responsabilidade civil, a evolução histórica e os pressupostos para sua configuração; b) apresentar um levantamento da responsabilidade extracontratual do Estado e do agente público, demonstrando-se as várias teorias de responsabilização civil; c) verificar a responsabilidade do Estado por erro médico na prestação de serviço público de saúde.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: a teoria objetiva pautada no risco administrativo é adotada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e aplicável ao Estado em casos de erro médico cometido na prestação de serviço público de saúde?

Para equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que na jurisprudência dos Tribunais Superiores a responsabilidade civil do Estado em casos de erro médico cometido na prestação de serviço público de saúde é objetiva, pautada na teoria do risco administrativo.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração desta monografia será o indutivo; o método de procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será feito por meio da técnica da pesquisa bibliográfica.

Trata-se de uma monografia que busca analisar qual teoria de responsabilização é aplicada pelos Tribunais Superiores ao Estado em decorrência de danos advindos de erro médico cometido na prestação de serviço público de saúde.

A análise do tema é de suma importância, tendo em vista o aumento de erros médicos e de demandas que chegam ao poder judiciário, bem como a dificuldade dos operadores de direito em aplicar a correta responsabilização ao Estado e a

falta de unicidadenas decisões que percorrem o poder judiciário.

Inicia-se, no primeiro capítulo, com o estudo acerca da responsabilidade civil de uma forma geral. Para tanto, realizar-se-á a conceituação sobre a responsabilidade civil e verificar-se-á os dispositivos legais previstos na legislação brasileira. Após isso, analisar-se-á as modalidades de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico brasileiro, seus pressupostos e consequentemente os casos de exclusão da responsabilidade civil.

No capítulo seguinte, será abordado sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e a responsabilidade civil do agente público. No tocante a responsabilidade civil do Estado, verificar-se-á as teorias de responsabilização de uma forma cronológica, estudando a sua evolução até os dias de hoje. Ao que diz respeito a responsabilidade civil do agente público será analisado de qual forma responde o agente diante de um dano ocasionado por um ato praticado no exercício da função e quando este pode sofrer ação regressiva.

O último capítulo dedica-se a abordar de fato qual das teorias de responsabilização é aplicada ao Estado, analisando qual a responsabilidade civil do médico, o que é o erro médico, quando ele ocorre e se o agente público (médico) é parte legítima para figurar no polo passivo da ação indenizatória. Por fim, será analisado o entendimento doutrinário acerca do tema, bem como as jurisprudências dos Tribunais Superiores quanto ao tema.

A presente monografia encerrar-se-á com as Considerações Finais nas quais serão apresentados pontos essenciais destacados dos estudos e das reflexões realizadas sobre o estudo acerca da teoria correta de responsabilização civil do Estado em decorrência de erro médico na prestação de serviço público de saúde.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO E FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo ensina Carlos Roberto Gonçalves “A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano”.¹

Segundo o Dicionário Michaelis responsabilidade é:

1. Qualidade de quem é responsável. 2. Obrigatoriedade de responder pelos próprios atos ou por aqueles praticados por algum subordinado. 3. Obrigação moral, jurídica ou profissional de responder pelos próprios atos, relacionados ao cumprimento de determinadas leis, atribuições ou funções. 4. Dever imposto por lei de reparar os danos causados a outrem.²

A responsabilidade civil é um instituto que surge da lesão a um dever jurídico, seja ele decorrente de lei ou de contrato entre as partes, nesse sentido ensina Sérgio Cavalieri Filho que a obrigação é um dever jurídico originário, enquanto que a responsabilidade civil surge da violação deste primeiro.³

Portanto, afirma Carlos Roberto Gonçalves que “Responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”.⁴

Entrementes, Sérgio Cavalieri Filho dispõe que o ato ilícito que causa dano rompe o equilíbrio jurídico-econômico existente entre autor e vítima, sendo assim, há a necessidade de restabelecer o equilíbrio desfeito. Neste campo impera o princípio da *restitutio in integrum*, que busca colocar o tanto quanto possível a vítima à situação anterior à lesão e isto se faz através de uma indenização fixada em proporção à extensão do dano suportado.⁵

Orlando Gomes em sua obra ensina que “a obrigação de ressarcir o prejuízo causado pode originar-se: a) da inexecução de contrato; e b) da lesão a direito

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4: responsabilidade civil**. 16. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 8.

² DICIONÁRIO brasileiro da língua portuguesa. **Responsabilidade**. São Paulo: Michaelis, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/responsabilidade/>. Acesso em 28 de setembro de 2021.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 21.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: esquematizado: - responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 21.

subjetivo, sem que preexista entre lesado e lesante qualquer relação jurídica que a possibilite”.⁶

Destaca-se que pode haver responsabilidade direta e indireta. A responsabilidade será direta, quando o agente responder por fato próprio. De acordo com Maria Helena Diniz, a responsabilidade será indireta, apenas nas situações previstas em lei [...] por ato de terceiro pessoa, com a qual tenha vínculo legal de responsabilidade (Código Civil, art. 932, I a IV), ou por fato de animal ou de coisas inanimadas.⁷

Ante o exposto, pode-se afirmar que:

A responsabilidade civil tem uma função essencialmente indenizatória, ressarcitória ou reparadora. Portanto, dupla é a função da responsabilidade: a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.⁸

Salienta-se que dentro do ordenamento jurídico brasileiro existe mais de um tipo de responsabilidade, das quais, cita-se a responsabilidade civil, penal e administrativa. Para esta monografia, importa explicar sobre espécie civil da responsabilidade jurídica.

2.2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos primórdios da civilização humana, da ação que sobreviesse o dano, havia a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido, levando-se em consideração tão somente o mal praticado e não se cogitava o fator culpa, nem mesmo a equivalência entre o mal praticado e a penalização sofrida; a responsabilidade não passava de um direito à vingança.⁹

Ou seja, a responsabilidade era objetiva, bastando somente a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima.

Neste sentido Arnaldo Rizzardo:

⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 7. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 339.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 33. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 25.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 33. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 25

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro volume 4: responsabilidade civil**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 10.

Nos primórdios das civilizações, tinha-se em conta apenas o mal praticado, pouco relevando o caráter da voluntariedade, ou de culpa, das ações prejudiciais ou ofensivas. A reação era imediata, sem maiores indagações na equivalência entre o mal e a penalização.¹⁰

A vingança privada, na qual os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, mais conhecida pelas máximas “olho por olho, dente por dente” se mostraram ineficientes, porque a retaliação não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido.¹¹

Segundo Maria Helena Diniz “Foi a partir da lei das XII Tábuas que surgiu o período da composição, que tinha como intuito a reparação do dano mediante a prestação da *poena*, que significa pagamento de certa quantia em dinheiro”.¹²

Tal possibilidade era prevista na Lei das XII Tábuas – tábua VII, que dispunha: “Se alguém ferir a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo”.¹³

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual”.¹⁴

A *Lex Aquilia* de damno impôs que o patrimônio do autor do dano suportasse os ônus da reparação e não mais a sua pessoa, além disso, esboçou a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, dessa forma, o autor do dano se isentaria de qualquer responsabilidade se não tivesse agido com culpa.

A partir desta lei, passou o Estado a intervir nos conflitos privados, assumindo assim, ele só, a função de punir, forçando a composição como forma de compensar o dano sofrido e evitando a vingança.

O que contribuiu para que isso acontecesse, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves foi o surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 29.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 33. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 28.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 33. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 28.

¹³ **Lei das XII Tábuas**. Tábua sétima. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil – volume 3**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 16.

dos danos que acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.¹⁵

Considerando tais fatos, a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana foi incorporada no Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.¹⁶

Portanto, por influência do direito Francês, ficou consagrado a teoria da culpa como regra geral na esfera da responsabilidade civil no Código Civil de 1916, sendo independente a classificação da conduta dolosa.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 manteve a teoria subjetiva da responsabilidade civil, exigindo a demonstração da culpa do agente, definindo em seu art. 186 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”.¹⁷

Uma das principais inovações do Código Civil no âmbito da responsabilidade civil encontra-se no art. 187, que ampliou a noção de ato ilícito, estabelecendo a ilicitude do exercício de um direito quando violar seu fim econômico, social ou os limites da boa-fé e bons costumes.

Além do Código Civil de 2002 manter a responsabilidade subjetiva como regra da responsabilidade civil, admitiu a responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco que detém previsão expressa no parágrafo único do art. 927.

Na teoria do risco se assenta a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.¹⁸

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. – São Paulo, Saraiva, 2019, p. 47

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil – volume 3**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 16.

¹⁷ 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/L10406compilada.htm. Acesso em: 03 de março de 2021.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. – São Paulo, Saraiva, 2019, p. 47.

2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 2002 manteve a teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, manteve a culpa como fundamento da responsabilidade civil, para tanto, da leitura do art. 186 do referido diploma extrai-se que para a sua caracterização faz-se necessário a existência dos pressupostos: a) conduta, podendo ser omissiva ou comissiva; b) dano; c) nexo de causalidade entre conduta e dano; d) culpa.

Na responsabilidade civil subjetiva o dever de indenizar é fundado na culpa, há a necessidade de um ilícito para que haja a obrigação de reparar o prejuízo.

No entanto, há casos em que o dever de ressarcimento do prejuízo se origina de atos que não se cogita a ilicitude, pois há hipóteses que o dano é reparável sem o fundamento da culpa, ou seja, não decorre de imperícia, imprudência ou negligência, mas baseia-se no risco objetivamente considerado, bastando somente o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.¹⁹

De acordo com Maria Helena Diniz a teoria do risco “Se assenta na atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros”.²⁰

Em resumo, caberá a vítima provar somente o nexo causal nos casos previstos em lei ou quando aquele que desenvolve atividade lícita assume o risco de gerar dano a terceiros.

2.3.1 CONDUTA HUMANA

A conduta humana é o requisito inicial para a caracterização da responsabilidade civil, sem ela não há como haver dano e muito menos o dever de indenizar.

O dever de reparação pode decorrer tanto de conduta própria (responsabilidade direta) quanto de terceiro que esteja sob a guarda do agente ou

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 33. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 21.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 33. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 68.

ainda de danos causados por fato de animal ou de coisas que lhe pertençam (responsabilidade indireta).²¹

Trata-se de ação ou omissão voluntária (dolo) negligência ou imprudência (culpa) contrária ao ordenamento jurídico, que gera consequências jurídicas, conforme dispõe o art. 186 do Código Civil.²²

A conduta, como requisito da responsabilidade civil, é o ato praticado pelo ser humano, seja ele lícito ou ilícito, que causa dano a outrem.

Diniz descreve a conduta como:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.²³

Para Flávio Tartuce para que se configure a responsabilidade civil decorrente de ato omissivo é mister que exista uma lei que imponha o dever de agir, além disso, faz-se necessário a comprovação de que o dano poderia ser evitado caso a conduta fosse praticada.²⁴

Tanto conduta comissiva quanto omissiva somente pode ser imputável ao agente quando este age de forma consciente e voluntária, conforme preceitua o art. 186 do Código Civil de 2002, dessa forma estão excluídos os atos praticados sob coação absoluta.

O ato voluntário é caracterizado pela consciência da ação ou da omissão, sendo aplicada tanto na responsabilidade objetiva quanto na subjetiva.

A conduta comissiva consiste em uma ação positiva que não se deveria efetivar, enquanto que a omissão é a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.²⁵

²¹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil – volume 3**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 29.

²² 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/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 56.

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. - São Paulo: Editora Método, 2013, p. 443.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 33. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 56.

2.3.2 DANO

A palavra Dano, que do latim *damnum*, tem acepção ligada a prejuízo, significa ofensa e mal experimentado por aquele que sofreu lesão ocasionada por outrem. Ou seja, dano, objetivamente é, a lesão de interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais provocados por pessoa jurídica ou física por meio de condutas (ações ou omissões) que ofendam esses interesses.

Como já mencionado, o dano é o requisito que está intrinsecamente relacionado a responsabilidade civil, que possibilita a responsabilidade patrimonial, seja oriunda de contrato, de ilícito ou ato lícito.

O dever de reparação do dano não emana tão somente de um desrespeito à lei ou de uma conduta antijurídica, é possível que de um ato lícito surja um dano a ser indenizado.

Pode haver o dever de indenizar sem culpa, mas sem dano não há o dever de reparação. Para Carlos Roberto Gonçalves a “ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator”.²⁶

De acordo com mesmo autor, somente será devida a reparação se o dano for atual e certo. Portanto, é necessário que já exista o dano no momento do ajuizamento da ação e que não seja o dano hipotético ou eventual.²⁷

O dano a ser reparado pode ter cunho patrimonial ou extrapatrimonial, conforme esclarece Sérgio Cavalieri Filho:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. [...] Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais. Como adiante veremos, a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas.²⁸

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro volume 4: responsabilidade civil**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 150.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 220.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 88.

Para Carlos Roberto Gonçalves o dano material é o que afeta somente o patrimônio do ofendido, enquanto que o dano moral ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.²⁹

O dano material, além de afetar o dano patrimonial existente da vítima, pode também afetar o futuro, acarretando a diminuição ou impedindo o aumento de seus bens. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

O dano emergente caracteriza-se pela diminuição imediata do patrimônio da vítima, enquanto que o lucro cessante corresponde àquilo que a vítima deixou de auferir em virtude do dano.

Além do dano patrimonial, pode a vítima vir a sofrer lesão à interesses não patrimoniais (danos morais), que são àqueles ligados à honra, imagem, intimidade, integridade moral e psíquica e a vida privada, que são os chamados direitos de personalidade; a violação a tais institutos é suscetível de indenização.

2.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade é a ligação entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima, ou seja, é o liame que liga o resultado danoso à conduta do agente, trata-se de relação entre ação e efeito desse ato. No caso da responsabilidade civil, não basta somente haver a conduta e o dano, é necessário que haja a conexão direta dessa ação com o dano sofrido.

O nexo de causalidade também é um requisito essencial para responsabilidade, seja ela objetiva ou subjetiva, pois pode haver responsabilidade sem culpa, mas não há responsabilidade sem nexo causal.

Para caracterização da responsabilidade basta na análise do caso concreto, verificar o conjunto probatório e estabelecer se houve a violação do direito alheio, sendo o resultado danoso, e se existe o nexo causal entre a ação do agente e o dano verificado.

Conclui-se que para se falar em responsabilidade civil é indispensável o ato ilícito ou lícito (responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco), dano, nexo

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 222.

causal e, na hipótese de reponsabilidade subjetiva a demonstração de dolo ou culpa. Além do fato e dano, devendo existir a ligação (causa e efeito).

2.3.4 CULPA

A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva; consiste em um ato comissivo ou omissivo que viole um dever jurídico de forma intencional (dolo) ou não, seja ela oriunda de uma obrigação contratual ou de uma imposição legal.

Sérgio Cavalieri Filho ensina que tanto no dolo quanto na culpa há uma conduta voluntária do agente, entretanto, no dolo a conduta já nasce de forma ilícita, ou seja, é a vontade consciente de realizar a conduta antijurídica, enquanto que na culpa a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.³⁰

No que diz respeito ao dolo, Caio Mario da Silva Pereira ensina que para a sua caracterização não é necessário que o agente tenha o propósito de causar o mal, basta somente verificar se o agente sabia que a sua conduta poderia causar dano.³¹

Caracteriza-se a culpa quando o agente quer praticar um ato lícito, mas por não adotar a conduta adequada, acaba cometendo ato ilícito.

A culpa em *strictu sensu* abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela.³²

Ainda, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho “Culpa é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível”.³³

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 41.

³¹ SILVA, PEREIRA, Caio.Mario da. **Responsabilidade Civil**, 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 85.

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 33. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 58-59.

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 43.

2.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode ser excluída quando rompido o nexo de causalidade ou quando houver as excludentes de ilicitude previstas no art. 188 do Código Civil de 2002, no entanto, para a presente monografia somente se faz necessário o estudo dos institutos que rompem o nexo de causalidade.

Como já mencionado, o nexo de causalidade é um dos requisitos para a caracterização da responsabilidade civil, dessa forma, quando o nexo de causalidade é rompido não há o dever de indenizar.

De acordo com Flávio Tartuce as causas de rompimento do nexo de causalidade são: “a) culpa ou fato exclusivo da vítima; b) culpa ou fato exclusivo de terceiro; c) caso fortuito (evento totalmente imprevisível) e força maior (evento previsível, mas inevitável)”, diante de uma dessas circunstâncias, está o agente eximido da responsabilidade civil.³⁴

No que diz respeito à culpa exclusiva da vítima, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, **no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima.**³⁵(grifo nosso)

A culpa exclusiva de terceiro caracteriza-se quando a ação de um terceiro causa dano, de modo que, se alguém for demandado para indenizar o prejuízo que supostamente causou, poderá pedir a sua exclusão do polo passivo da demanda.

Sérgio Cavalieri Filho ensina que terceiro é alguém estranho à relação de vítima e causador do dano, é o responsável pela conduta que levou o agente a gerar o dano.³⁶

De acordo com o mesmo autor, o correto é falar em fato exclusivo de terceiro e não em fato de terceiro, pois, nem todo fato de terceiro causa a exclusão de

³⁴ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed.- Rio de Janeiro: Forense: 2020, p. 1546.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro volume 4: responsabilidade civil**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 195.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 81.

responsabilidade. Somente considera-se fato exclusivo de terceiro aquele que romper o nexo causal entre o aparente autor e o dano sofrido pela vítima, criando um novo nexo causal.³⁷

No que diz respeito ao caso fortuito ou força maior são necessários dois requisitos, sendo eles o objetivo e o subjetivo. O requisito objetivo configura-se na inevitabilidade do evento, e o subjetivo é a ausência de culpa na produção do acontecimento.³⁸

Feito as considerações acerca dos aspectos gerais da responsabilidade civil, no próximo capítulo será abordado a responsabilidade civil do Estado e do agente público, bem como as suas teorias.

3 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO

Na contramão do direito privado, que depende de um ato ilícito, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, a responsabilidade civil do Estado pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem à determinadas pessoas um dano maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.³⁹

Fernanda Marinela aponta que as atividades desenvolvidas pelo Estado produzem danos mais intensos que os provocados pelos particulares, pois suas atividades são muito amplas e reúnem serviços e ações essenciais as necessidades dos seres humanos. Dessa forma, quanto maior o risco, mais cuidado se deve ter, implicando conseqüente responsabilização pelas falhas.⁴⁰

De acordo com Diogenes Gasparini, pode-se dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à uma obrigação de reparar os danos que os seus agentes causem à terceiros, em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável.⁴¹

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 81.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 33. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 139.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 715.

⁴⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. - Niterói: Impetus, 2012, p. 962.

⁴¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1123.

A responsabilidade civil do Estado vem regulada na CRFB/88, em seu artigo 37, §6º que prevê a responsabilidade civil objetiva do Estado e a responsabilidade civil subjetiva do agente público.⁴²

Dessa forma, a responsabilidade civil do agente público está condicionada à culpa, ou seja, quando este age com imperícia, imprudência ou negligência (responsabilidade subjetiva), enquanto que a responsabilidade do Estado se faz presente quando comprovada a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre conduta e dano (responsabilidade objetiva).

Entretanto, tal entendimento não é absoluto, pois a grande maioria dos doutrinadores faz a distinção quanto à aplicação da responsabilização do Estado quanto sua forma de agir, a depender se comissiva ou omissiva.

Muitas são as incontroversas acerca da responsabilidade civil do Estado, por este motivo se faz necessário o estudo mais aprofundado sobre as teorias de responsabilização do Estado. Neste capítulo serão abordadas as teorias civilistas e publicistas e suas peculiaridades, bem como a forma de responsabilização do agente público.

3.1 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

3.1.1 TEORIAS CIVILISTAS

Em um primeiro momento foi adotado a teoria da irresponsabilidade do Estado. Tal teoria excluía por completo a responsabilidade estatal, consagrando o princípio de que o rei nunca errava (the king can not wrong).⁴³

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro caso fosse atribuída responsabilidade ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o povo, desrespeitando sua soberania.⁴⁴

No entanto, no século XIX a teoria da irresponsabilidade restou superada. A partir de então passou-se a admitir a responsabilização do Estado, adotando-se os princípios do Direito Civil, baseados na ideia da culpa.⁴⁵

⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 de outubro de 2021.

⁴³ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 322.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 717.

Porém, para fins de responsabilização distinguiram-se os atos de império e os atos de gestão.

Para Patrícia Irene Nohara, os atos de império eram aqueles em que o “Estado agiria com prerrogativas em relação aos particulares, sendo que a atuação estatal nesse regime exorbitante do direito comum ou privado implicaria, nesse primeiro momento, irresponsabilidade”, já os atos de gestão eram aqueles “desenvolvidos no gerenciamento de seus bens e serviços em regime de igualdade com os particulares e passíveis de responsabilização”.⁴⁶

Os atos de império eram os praticados pelo monarca, enquanto que os atos de gestão eram praticados pelo Estado através de seus prepostos. Portanto “Passou-se a admitir a responsabilidade civil por atos decorrentes de gestão e a afastá-las nos prejuízos resultantes de ato de império”.⁴⁷

Entretanto, a distinção entre tais atos começou a ser abandonada, pois na prática havia dificuldade de se distinguir essas situações, tendo em vista a modificação do papel do Estado; e principalmente, pela constatação da injustiça gerada pela ausência de reparação de danos provocados pelo Estado no manejo abusivo de suas prerrogativas de Poder Público.⁴⁸

Posteriormente, a teoria civilista da culpa ou da responsabilidade subjetiva foi adotada independentemente do ato praticado pelo Estado, passou-se a igualar este ao empregador, que teria responsabilidade subjetiva pelos atos de seus funcionários, tal teoria, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro serviu de inspiração ao art. 15 do Código Civil de 1916, que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.⁴⁹

A teoria da responsabilidade subjetiva do Estado tinha como elemento a culpa, ou seja, para que houvesse a responsabilização do Estado era necessário comprovar alguns elementos, dentre eles: a conduta do Estado; o dano; o nexo de causalidade e o elemento subjetivo, qual seja, a culpa ou o dolo do agente.⁵⁰

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 717.

⁴⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 10. ed.– São Paulo: Atlas, 2020, p. 900.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 718

⁴⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 10. ed.– São Paulo: Atlas, 2020, p. 901.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2017, p. 718

⁵⁰ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 323.

Com a dificuldade de a vítima demonstrar a culpa do Estado e, para uma maior proteção, houve uma evolução da Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva para a Teoria da Culpa do Serviço.

3.1.2 TEORIAS PUBLICISTAS

Márcio Fernando Elias Rosa em sua obra ensina que as teorias publicistas ou de direito público preveem a responsabilidade civil do Estado independentemente da culpa do agente público ou do próprio Estado, para tanto, basta a comprovação da falha na prestação do serviço público ou o reconhecimento de que algumas atividades não são dissociadas da possibilidade de causar dano.⁵¹

O que motivou a elaboração de teorias de responsabilidade do Estado foi o caso de Agnes Blanco que ao atravessar a rua foi atropelada por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo, na cidade de Bourdeaux.

O pai de Agnes ajuizou uma ação de responsabilidade civil em face Estado, baseado no princípio de que o Estado respondia por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Nesse caso, o Tribunal de Conflitos da França entendeu ser competente o Tribunal administrativo e não aplicável as regras da responsabilidade civil do direito privado nos casos de prestação de serviço público.⁵²

A partir daí surgiram a teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e a teoria do risco, esta última, desdobrada em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

3.1.2.1 Teoria da culpa do serviço ou teoria da culpa administrativa

A responsabilidade civil do Estado até então estava atrelada a ideia de culpa do agente público, dessa forma, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa buscou desvincular tal ideia, passou-se a falar em culpa do serviço público.⁵³

⁵¹ ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo, volume 19.** 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 171.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 718.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 719.

Nas palavras de Diogenes Gasparini a teoria da culpa do serviço é pautada na responsabilidade subjetiva do Estado, ou seja, tal teoria é aplicada quando a vítima comprova que o serviço público não funcionou, funciona mal ou funcionou atrasado.⁵⁴

No dizer de Matheus Carvalho, a teoria da culpa do serviço “Não se baseia na culpa do agente, mas do serviço como um todo e, por isso, denominados Culpa Anônima”.⁵⁵

O referido autor ainda explica que a responsabilidade subjetiva não é a aquela apresentada ou defendida pela teoria civilista, pois não se precisa comprovar a culpa ou dolo do agente, basta somente a má prestação do serviço ou a prestação ineficiente para gerar a responsabilização do Estado.⁵⁶

Para Hely Lopes Meirelles “A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo”.⁵⁷

Para que a vítima obtivesse sucesso em sua ação indenizatória era necessário além do dano a comprovação de que este fora causado pelo Estado e a culpa do serviço público. Para Gasparini tais requisitos eram “muito à vista dos anseios de justiça”.⁵⁸

Dessa forma, em determinadas hipóteses, passou o conselho de Estado Francês a adotar a teoria do risco, que serve como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, sem abandonar a teoria da culpa administrativa.

⁵⁴GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1127.

⁵⁵ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 327.

⁵⁶ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 327.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed.(atual. Eurico Azevedo et al.) São Paulo: Malheiros, 2004, p. 1127.

⁵⁸ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1127.

3.1.2.2 Teoria do risco administrativo

Amorim nos ensina que “A teoria do risco vai além da teoria da culpa do serviço e deixa de exigir qualquer culpa (do agente ou do serviço) para responsabilizar o Estado por seus atos”.⁵⁹

O autor ainda acrescenta “Ela se baseia em duas ideias: no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de essa atividade acarretar dano a certos membros da coletividade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais”.⁶⁰

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro “A ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular”.

Tal teoria vem elencada no art. 37, § 6º da CRFB/88, que assim prevê:

Art. 37 [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as 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.⁶¹(grifo nosso).

Portanto, diferentemente da culpa administrativa, a teoria do risco administrativo independe da falta do serviço ou da culpa ou dolo do agente público, bastando somente o “Fato administrativo, dano e o nexo causal entre fato administrativo e dano”.⁶²

Nas palavras de Patrícia Irene Nohara “O fato ou ato pode decorrer de atividade estatal lícita ou ilícita que provoque um dano ou prejuízo direcionado a pessoas específicas”.

⁵⁹AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. **Direito administrativo**. 6. ed. - São Paulo, Barros, Fischer & Associados, 2006, p. 149.

⁶⁰AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. **Direito administrativo**. 6. ed. - São Paulo, Barros, Fischer & Associados, 2006, p. 149.

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 de outubro de 2021.

⁶² AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. **Direito administrativo**. 6. ed. - São Paulo, Barros, Fischer & Associados, 2006, p. 156.

Para que se configure o dever do Estado de indenizar a vítima é necessário que o agente público esteja no exercício de seu cargo, emprego ou função pública no qual esteja vinculado. Consoante explica Gasparini, caso o agente público não esteja no exercício de sua função não cabe ao Estado a responsabilização.⁶³

3.1.2.3 Teoria do risco integral

De acordo com Gasparini a teoria do risco integral obrigada o Estado a indenizar todo e qualquer dano, sem questionar se houve culpa da vítima ou qualquer prova que vise afastar a responsabilidade do Estado. Dessa forma, basta simplesmente que o Estado tenha envolvimento no dano.⁶⁴

Para Sérgio Cavalieri Filho “A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.”⁶⁵

Gasparini ainda em sua obra traz como exemplo da aplicação do risco integral o fato de uma pessoa que desejando suicidar-se se joga debaixo das rodas de um veículo, coletor de lixo, da administração pública, neste caso, de acordo com tal teoria, caberia ao Estado indenizar a família da vítima.

Dessa forma, o que difere a teoria do risco administrativo da teoria do risco integral é a possibilidade de isenção de responsabilidade nos casos de excludentes da responsabilidade civil, que são: “Força maior ou caso fortuito, culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiros”.⁶⁶

Ou seja, enquanto a teoria do risco administrativo comporta a isenção de responsabilidade do Estado nos casos supracitados, a teoria do risco integral prevê a responsabilização do Estado mesmo nos casos de excludentes de responsabilidade. Podemos dizer que “Quem adota o risco integral enxerga o estado como garantidor universal, por isso não admite as excludentes do nexo causal”.⁶⁷

⁶³ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1142.

⁶⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1128.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 283.

⁶⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 10. ed.– São Paulo: Atlas, 2020, p. 907.

⁶⁷ LOBO, Roberto Monteiro. **Responsabilidade civil do Estado em casos de custódia**. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47844/responsabilidade-civil-do-estado-em-casos-de-custodia>. Acesso em: 05 de outubro de 2021.

3.2 TEORIA DO ÓRGÃO OU DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO VOLITIVA

Celso Spitzcovsky menciona que devido ao fato do Estado não ter vontade própria, sua vontade se manifesta por meio da atuação de seus agentes, o que levou à formulação da chamada teoria do órgão.⁶⁸

O referido autor ainda explica que “A pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio de órgãos cujas atribuições são desempenhadas pelos seus agentes, fazendo surgir a ideia de imputação, uma vez que os atos realizados pelos agentes devem ser imputados à própria Administração”.⁶⁹

Segundo Edmir Netto de Araújo devido ao fato dos órgãos da administração pública não possuírem personalidade jurídica, os mesmos fazem parte do corpo da entidade e por isso as suas manifestações de vontade são consideradas como sendo da respectiva entidade.⁷⁰

Alexandre Mazza aponta que a teoria do órgão está prevista no art. 37, § 6º da CRFB/88, que impõe a responsabilidade civil do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes “nessa qualidade” causarem a terceiros, e acrescenta “A expressão “nessa qualidade” exige que o comportamento lesivo tenha sido realizado com o status de agente público para que se cogite do dever de indenizar, promovendo-se, então, a imputação da conduta à pessoa jurídica governamental”.⁷¹

Portanto, quando o agente público age, na qualidade de agente público, ou seja, nas atribuições de seu emprego, cargo ou função, considera-se que o Estado agiu, vez que o Estado não pode agir sozinho, o que explica o porquê do Estado ser responsabilizado pelos atos de seus agentes.

⁶⁸ SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo: esquematizado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 222.

⁶⁹ SPITZCOVSKY Celso. **Direito administrativo: esquematizado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 222.

⁷⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 167.

⁷¹ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 191.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO

Conforme disposto no art. 37, § 6º da CRFB/88, cabe ao Estado a indenização pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, resguardado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa.⁷²

O referido dispositivo ainda menciona que não somente as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos, mas, entram nessa lista as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, de acordo com Amorim “É o caso das empresas privadas concessionárias e permissionárias de serviços públicos”.⁷³

O art. 43 do Código Civil determina que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros [...]”.⁷⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que o dispositivo constitucional (art. 37, §6º) traz duas regras, “[...] sendo a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público”.⁷⁵

Portanto, colhe-se de tais artigos que a responsabilidade do agente público está condicionada a comprovação de dolo ou culpa, ou seja, sua responsabilidade é subjetiva, de acordo com a teoria civilista e não as de direito público.

Então, quando evidenciado o dolo ou culpa do agente público, nos termos do §6º do art. 37, cabe ao Estado promover a ação regressiva em face do agente que deu origem ao dano.

Amorim explica que a “A ação regressiva permite que o Estado cobre do agente público a quantia que ele, o Estado, pagou ao terceiro lesado em razão do ato culposo ou doloso do agente”.⁷⁶

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de outubro de 2021.

⁷³ AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. **Direito administrativo**. 6. ed. - São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2006, p. 149.

⁷⁴ 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/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2021. Acesso em: 05 de outubro de 2021.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 722.

⁷⁶ AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. **Direito administrativo**. 6. ed. - São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2006, p. 154.

Gasparini ainda menciona “[...] mesmo com o pagamento da indenização o agente causador do dano não se libera das responsabilidades administrativa e penal [...]”.⁷⁷

Feita tais considerações acerca da responsabilidade civil do Estado e responsabilidade civil do agente público será analisado qual das teorias são aplicadas em decorrência de erro médico cometido na prestação de serviço público de saúde e de qual forma responde médico em decorrência de erro, bem como a quem pertence a legitimidade passiva nas ações indenizatórias.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO COMETIDO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

4.1 SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

Antes de adentrar ao mérito, faz-se necessário saber o que é serviço público. Hely Lopes Meirelles conceitua serviço público como “Todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.⁷⁸

Dentre os serviços públicos prestados pelo Estado encontra-se o serviço público de saúde, este, previsto nos artigos 6º e art. 196 da CRFB/88, que assim preveem:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁷⁹

⁷⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1138.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 319.

⁷⁹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

O referido diploma ainda prevê em seu art. 197 que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Estado regulá-los, fiscalizá-los e controlá-los. As execuções de serviços de saúde podem ser prestados diretamente pelo Estado ou através de pessoa física ou jurídica prestadora de serviços públicos.⁸⁰

No mais, o artigo 4º da Lei Federal nº 8.080/90 define o SUS como as ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições da Administração Direta ou Indireta da União, dos Estados e dos Municípios.⁸¹

Além disso, cumpre ressaltar que o parágrafo primeiro do art. 199 da CRFB/88 prevê a livre assistência à saúde pela iniciativa privada, através de convênio ou contrato de direito público.⁸²

Sendo assim, pode-se afirmar que:

O Sistema Único de Saúde abrange desde os órgãos que integram os próprios entes federativos, as entidades da Administração Indireta federal, estadual e municipal, até as pessoas privadas que celebram convênios e contratos com o Poder Público para executar serviços públicos de saúde.⁸³

Acesso ao serviço público de saúde é um direito de todos e dever do Estado, sendo o cuidado deste de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou seja, ambos os entes federativos têm responsabilidade solidária, conforme estabelece o art. 23, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil.⁸⁴

Além do mais, o art. 200 do supracitado diploma disciplina algumas atribuições do SUS, veja-se:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

⁸¹ BRASIL. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

⁸³ CARVALHO, Raquel. **SUS (Sistema Único de Saúde): competências, estrutura, princípios**. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2018/04/13/sus-sistema-unico-de-saude-competencias-estrutura-principios/>. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Por fim, ressalta-se que o SUS é um sistema integral, gratuito e universal.⁸⁵

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

De acordo com Miguel Kfourri Neto o Código Civil de 2002 adotou a teoria da culpa, prevista no art. 186 e 951 para definir a responsabilidade do médico.⁸⁶

Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves “Serão os médicos, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. Daí o rigor da jurisprudência na exigência da produção dessa prova”.⁸⁷

Portanto, fica o médico obrigado a reparar o dano quando aquele que o alega comprova os três elementos da responsabilidade subjetiva, sendo estes o dano, culpa e nexo de causalidade.⁸⁸

⁸⁵ REZENDE, Milka de Oliveira. **Sistema Único de Saúde (SUS)**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/sistema-unico-de-saude-sus.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

⁸⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 108.

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 157

⁸⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 109.

Antes do advento do Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 já previa a responsabilidade civil do profissional liberal, sendo esta prevista no art. 14, §4º do respectivo diploma, que assim prevê:

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.⁸⁹

Apesar da discordância quanto a legislação aplicável, a jurisprudência do STJ manifestou-se quanto a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos casos de serviços prestados por profissionais liberais, inclusive médicos,⁹⁰ e o código Civil brasileiro em relação ao que não seja com ele incompatível. O qual confere maior segurança ao paciente, consumidor do serviço, pois de acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

A prova da negligência e da imperícia constitui, na prática, verdadeiro tormento para as vítimas. Sendo o médico, no entanto, prestador de serviço, a sua responsabilidade, embora subjetiva, está sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII).⁹¹

Entretanto, a premissa de que a responsabilidade civil do médico é subjetiva não é absoluta, pois a sua forma de responsabilização está ligada à obrigação assumida por este, podendo ser esta obrigação de meio ou de resultado.

De acordo com Washington de Barros Monteiro, na obrigação de resultado “Obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo” já na obrigação de meio, o “devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo ato”.⁹²

⁸⁹ BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.html. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

⁹⁰ VIEIRA, Victor. **Legislações diferentes resolvem ações por erro médico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-12/aplicacao-cdc-codigo-civil-varia-casos-erros-medicos>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 157.

⁹² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 56.

Flávio Tartuce explica que “[...] a obrigação de meio gera responsabilidade subjetiva, enquanto que a obrigação de resultado ocasiona a responsabilidade objetiva ou culpa presumida”⁹³

O STJ vem decidindo no sentido de que a relação entre médico e paciente é contratual e a prestação de serviços se insere no conceito de obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas embelezadoras, hipótese em que a obrigação é de resultado, vejamos:

ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. **RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO.** NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. [...] 2. **O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva,** portanto. [...] (STJ - REsp: 1184932 PR 2010/0043325-8, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 13/12/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/02/2012) (grifo nosso).⁹⁴

Para fins da presente monografia, deve-se considerar o médico que atua em hospitais públicos, hospitais públicos conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS) ou qualquer outra unidade que é mantida com recursos da administração pública, eis que este está na qualidade de agente público, portanto, conforme amplamente demonstrado, sua responsabilidade é subjetiva pautada no art. 37, § 6º da CRFB/88, cabendo ao Estado a ação regressiva caso evidenciado a culpa do agente.

4.3 ERRO MÉDICO

Uma vez definida que a responsabilidade civil do médico em decorrência de erro é subjetiva, faz-se necessário saber o que é erro médico.

⁹³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único.** 10.ed. – Rio de Janeiro: Forense. Método, 2021, p. 134.

⁹⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp: 1184932 PR 2010/0043325-8. 2ª turma. Rel. Ministro CASTRO MEIRA. Julgado em: 13/12/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273614/recurso-especial-resp-1184932-pr-2010-0043325-8-stj>. Acesso em 11/10/2021.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho “O erro médico é, em linguagem simples, a falha profissional imputada ao exercente da medicina”.⁹⁵

Em sua obra, Miguel Kfoury Neto cita Mauro Bilancetti que ensina que:

A culpa médica poderá ser verificada nas fases da atividade médica – diagnóstico, prognóstico, a escolha e a execução da terapia. Assim, poderá ocorrer: 1. Diagnóstico errado e conseqüente terapia errada; 2. Diagnóstico correto e escolha errada de terapia; 3. Diagnóstico correto, escolha apropriada da terapia, mas execução errada do trabalho; 4. Terapia inadequada, por prognóstico errado.⁹⁶

Miguel Kfoury Neto define o diagnóstico como:

Conjunto de atos médicos com a finalidade de reconhecer, identificar e interpretar sinais característicos da doença, para estabelecer a terapêutica adequada e necessária à obtenção da cura. Quando as conclusões do médico não condizem com a realidade, ocorre o erro.⁹⁷

Não há dúvidas de que o diagnóstico é que vai definir o tipo de tratamento e as medicações (quando for o caso) a serem utilizadas para minimização da queixa do paciente. Por tal motivo é que o erro de diagnóstico pode ser interpretado como modalidade de erro médico.⁹⁸

Portanto, quando o diagnóstico se revelar equivocado, caberá ao julgador analisar se o erro pode ser, ou não, considerado escusável.⁹⁹

Tendo em vista que as próprias queixas do paciente induzem o médico a imaginar a existência de uma patologia inexistente, pode-se dizer que o erro de diagnóstico em princípio é escusável.¹⁰⁰

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil – volume 3**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 100.

⁹⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 218 *apud* BILANCETTI, Mauro. **Responsabilità penale e civile del medico**. 2. Ed. Pádua: CEDAM, 1996, p. 228 e 331.

⁹⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 216-217.

⁹⁸ SOUZA, Sérgio Carlos. **Erro médico por erro de diagnóstico**. Disponível em: <https://www.folhavoria.com.br/geral/blogs/direito-ao-direito/2020/09/11/erro-medico-por-erro-de-diagnostico/#:~:text=Assim%2C%20n%C3%A3o%20pairam%20d%C3%BAvidas%20de,como%20modalidade%20de%20erro%20m%C3%A9dico>. Acesso em: 13 de outubro de 2021.

⁹⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 217.

¹⁰⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Conforme alhures, Maria Helena Diniz menciona que “O erro de diagnóstico escusável ante o estado atual da medicina isenta o médico de qualquer responsabilidade, mas se grosseiro, levará o médico a responder por isso”.¹⁰¹

Arnaldo Rizzardo ainda explica que o erro escusável “É aquele inevitável, ou impossível ao homem mediano, no exercício de suas atividades, evitá-lo”. Já o erro inescusável “Corresponde ao que era possível evitar”.¹⁰²

Quanto ao erro de tratamento, leciona o referido autor que:

O erro de tratamento acontece após o diagnóstico quando o médico ministra os meios, os medicamentos e as condutas para a recuperação do paciente. Receita medicamentos não apropriados para a doença detectada, ou não conduz com eficiência os trabalhos de recuperação.¹⁰³

Portanto, podemos concluir que “Erro médico é o dano provocado no paciente pela ação ou inação do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência”.¹⁰⁴

A imperícia pode ser vista como “A falta de observação das normas; a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão; o despreparo prático; a falta de habilidade ou ausência de conhecimentos necessários à atuação médica”.¹⁰⁵

A negligência pode ser definida como:

Ato omissivo. O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa plantão, mas o substituto não chega e o doente, pela falta profissional, vem a sofrer graves danos. É a negligência vicariante); [...]¹⁰⁶

Já a imprudência na atividade médica:

É a imprevisão do agente em relação às consequências do seu ato ou ação. O profissional médico tem atitudes, não precipitadas, sem ter cautela, sendo resultado da não racionalização. Neste caso, o médico tem perfeito

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 353.

¹⁰² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 485.

¹⁰³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 487.

¹⁰⁴ GOMES, Julio Cesar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico**. In: COSTA SIF, Oselka G. Garrafa V. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 243-256.

¹⁰⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Ed. RT, 2018, p.123.

¹⁰⁶ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. **Debates Contemporâneos em direito médico e da saúde**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 183 *apud* **Comentários ao Código de Processo ético-Profissional dos Conselhos de Medicina do Brasil, CRM**. Paraíba, 1997, p. 283.

conhecimento do risco, e ignorando a ciência médica, toma a decisão de agir mesmo assim. O imprudente usa terapêuticas sem necessidade e muitas vezes técnicas terapêuticas que podem ser nocivas para o paciente.¹⁰⁷

Dessa forma, o erro médico ocorre quando o médico age em uma das três modalidades de culpa.

4.3.1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Sérgio Cavaliere Filho menciona que a teoria da perda de uma chance “Se caracteriza quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima [...]”.¹⁰⁸

Nos termos da obra de Caio Mario da Silva Pereira “A reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”¹⁰⁹

Conforme entendimento do STJ:

A chamada “teoria da perda da chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, **aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade**, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável.¹¹⁰ (grifo nosso).

Portanto, há que existir uma probabilidade de algum benefício à vítima e não a mera possibilidade, sendo que este último não comporta indenização.

Para Silvio de Salvo Venosa, “A perda da chance pode ser considerada uma terceira modalidade de dano, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”.¹¹¹

Quanto a aplicação da teoria da perda da chance nos casos de erro médico, assevera Miguel Kfoury Neto que nos casos em que não é possível determinar se o

¹⁰⁷ NETO, Adamo Luiz; ALVES, Milton Ruiz. **Responsabilidade Médica**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbof/a/ZWfjNvggRzzsk76bBq99ZWM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14 ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 92.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 42.

¹¹⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.104.665 – RS. 3. turma. Rel. Ministro MASSAMI UYEDA. Julgado em: 04/8/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1>. Acesso em: 13 de outubro de 2021.

¹¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2006, p. 272.

dano se deu em virtude de um ato ou omissão do médico, vem-se adotando no Brasil que o prejuízo se baseia na perda de uma possibilidade de cura e em consequência vem condenando à indenização pela perda.¹¹²

Tal situação pode ser vista em decisões de nossos tribunais, senão vejamos:

[...] Hospitais-corréus que não ofereceram à paciente atendimento médico adequado, **deixando de realizar o correto diagnóstico e tratamento dos sintomas apresentados pela autora** [...] Aplicação da "Teoria da Perda de uma Chance" - Perspectiva de inexistência ou, pelo menos, existência de danos em menor extensão, tolhida pelas condutas dos prepostos dos réus - Danos materiais e morais configurados [...] (TJ-SP - APL: 10048976020148260100 SP 1004897-60.2014.8.26.0100, Relator: J.L. Mônaco da Silva, Data de Julgamento: 22/03/2017, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/03/2017).¹¹³ (grifo nosso).

Miguel Kfoury Neto ainda assinala que:

As principais hipóteses de aplicação da perda de uma chance, no âmbito da responsabilidade civil do médico (e por extensão, dos demais profissionais da saúde) são as seguintes: falha de diagnóstico (diagnósticos tardios, errôneos ou inexistentes); ausência de consentimento (não obtenção do consentimento livre e informado); falta de exames pré-operatórios ou de cuidados pré-operatórios; falta de exames complementares; falta de remoção tempestiva do paciente a hospital com equipamentos adequados.¹¹⁴

Sérgio Cavalieri Filho afirma que “A perda de uma chance, aplicada à atividade médica, ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”.

Dessa forma, podemos dizer que na esfera da atuação médica, a perda de uma chance se configura pelo erro de diagnóstico, falta de tratamento ou pelo tratamento inadequado à doença do paciente, causando prejuízos à sua saúde e podendo levar a morte em determinados casos.

Em uma de suas decisões o STJ pontuou que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada quando o erro médico tenha reduzido as possibilidades concretas e reais de cura da paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico e, nessas situações o médico não

¹¹² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 334.

¹¹³ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação nº 10048976020148260100 – SP. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator: J.L. Mônaco da Silva. Julgado em 24/03/2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442324696/apelacao-apl-10048976020148260100-sp-1004897-6020148260100>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

¹¹⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 398.

responde pelo resultado para o qual tenha contribuído, mas pela chance de que ele privou a paciente.¹¹⁵

Sérgio Cavaliéri Filho usa como exemplo o médico que “[...] deixa de atender tempestivamente ao cliente ou se equivoca quanto ao diagnóstico ou tratamento, e o paciente vem a falecer, o dano é causado diretamente pela doença e não pela omissão do médico ou pela falha do tratamento”.¹¹⁶

Logo, mesmo que o médico não tenha ocasionado a morte do paciente, mas em virtude de sua omissão médica ou a falha de tratamento pode ter privado o paciente de uma chance de cura ou de sobrevida.¹¹⁷

4.4 POLO PASSIVO DA AÇÃO INDENIZATÓRIA

Como visto, aplica-se a teoria do risco administrativo às pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelos danos que os seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros.

Conseqüentemente, “Os hospitais públicos conveniados ao SUS prestam serviço público, realizam atividade típica da administração, como se Estado fossem e por isso respondem de igual modo”. Dessa forma, respondem solidariamente com o SUS.¹¹⁸

Nos termos do art. 264 do Código Civil “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.¹¹⁹ Destarte, pode o credor escolher de quem cobrar a dívida.

Quanto a responsabilidade passiva do Estado, cumpre destacar que tendo em vista o princípio da descentralização político-administrativa que rege o Sistema

¹¹⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.254.141 – PR. 3ª turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em: 04/12/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865276892/recurso-especial-resp-1254141-pr-2011-0078939-4>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 420.

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 420.

¹¹⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 163.

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.html. Acesso em: 05 de outubro de 2021.

Único de Saúde, assinala Miguel Kfouri Neto que “[...] com ênfase para as ações encetadas pelos Municípios – a União e o Estado-membro não poderão figurar no polo passivo dessas demandas – nele residindo tão somente o município”.¹²⁰

Neste sentido é o entendimento do STJ, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. ATENDIMENTO CUSTEADO PELO SUS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OFENSA AOS ARTS. 7º, IX, A, E 18, I, X E XI, DA LEI 8.080/90. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PROVIMENTO PARCIAL. [...] **A questão controvertida consiste em saber se a União possui legitimidade passiva para responder à indenização decorrente de erro médico ocorrido em hospital da rede privada** localizado no Município de Porto Alegre/RS, durante atendimento custeado pelo SUS. 3. A Constituição Federal diz que a "saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196), competindo ao "Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (art. 197), ressalvando-se, contudo, que as "ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada", constituindo um sistema único, organizado, entre outras diretrizes, com base na descentralização administrativa, "com direção única em cada esfera de governo" (art. 198, I). 4. A Lei 8.080/90 – que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes – prevê as atribuições e competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto aos serviços de saúde pública. Nesse contexto, compete à União, na condição de gestora nacional do SUS: elaborar normas para regular as relações entre o sistema e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização para os Estados e Municípios dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais (Lei 8.080/90, art. 16, XIV, XV e XVII). Por sua vez, os Municípios, entre outras atribuições, têm competência para planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual; celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde (Lei 8.080/90, art. 18, I, II, X e XI). 5. **"Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população" (REsp 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007).** 6. **A União não possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação em que o particular visa ao pagamento de indenização em decorrência de erro médico cometido em hospital conveniado ao SUS.**[...] (STJ - REsp: 992265 RS

¹²⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 163.

2007/0230118-1, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 16/06/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 05/08/2009).¹²¹ (grifo nosso).

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – RESPONSABILIDADE CIVIL NEGLIGÊNCIA MÉDICA HOSPITAL CONVENIADO DO SUS - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRECEDENTE. 1. A União não é parte legítima para responder ação de indenização proposta por falha no atendimento de hospital privado conveniado com o SUS, ante a falta de nexos causal entre a conduta e o dano, uma vez que a celebração dos contratos e convênios com as entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como a função de fiscalizar e controlar os procedimentos cabem à direção municipal do SUS. 2. Recurso especial provido (STJ - REsp: 993686 RJ 2007/0232752-8, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 07/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20090525 --> DJe 25/05/2009)¹²²

Dessa forma, conclui Miguel Kfouri Neto que “[...] nos hospitais públicos pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, cada um desses entes estatais tornar-se-á responsável pelos eventos danosos ocorridos nas dependências dos estabelecimentos”.¹²³

Ademais, quanto a possibilidade da inserção do agente público no polo passivo da ação indenizatória, o STF se manifestou no ano de 2019 no RE nº 1.027.633, tema 940 da Repercussão Geral, no qual o relator, ministro Marco Aurélio pacificou o entendimento de que o agente público é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação indenizatória, resguardado ao Estado a ação regressiva contra este quando evidenciado que agiu com dolo ou culpa, nesse sentido:

A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, **sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato**, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.¹²⁴(grifo nosso).

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 992265 RS 2007/0230118-1. 1ª turma. Rel. Ministra DENISE ARRUDA. Julgado em: 16/06/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062152/recurso-especial-resp-992265-rs-2007-0230118-1>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 993686 RJ 2007/0232752-8. 2ª turma. Rel. ELIANA CALMON. Julgado em: 07/05/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4129597/recurso-especial-resp-993686-rj-2007-0232752-8>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

¹²³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 164.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 1.027.633 – SP. Plenário. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO. Julgado em: 14/08/2019. Disponível em:

Nesse sentido vem aplicando o STJ:

[...] RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **ILEGITIMIDADE DO AGENTE PÚBLICO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF FIRMADA SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 940.** DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. De acordo com a orientação firmada pelo STF no julgamento do Tema 940, submetido ao rito da repercussão geral, "a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". 2. A orientação vinculante exarada pela Suprema Corte é expressa ao afirmar que o ressarcimento de eventual prejuízo causado pelo agente público deve ser buscado por meio de ação regressiva. É nesta seara que será aferido o elemento subjetivo da conduta praticada pelo servidor e definido, se for o caso, o dever de ressarcimento ao ente público. 3. O direito de regresso deve ser exercido pelo ente público condenado na ação de responsabilidade por danos. O particular não possui legitimidade para o ajuizamento de tal demanda, daí por que lhe falece interesse processual para pretensão de vincular o agente público à instrução processual empreendida no presente feito[...] (STJ - AgInt nos EDcl no REsp: 1833714 RS 2018/0133723-5, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 10/03/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2020)¹²⁵ (grifo nosso)

E o Tribunal de Santa Catarina:

RESPONSABILIDADE CIVIL - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - OFENSAS VERBAIS INACEITÁVEIS - DANO MORAL - **ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS AGENTES POLÍTICOS (TEMA 940 DO STF)** - PROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO AO MUNICÍPIO. [...] 3. O Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral (Tema 940), reafirmou sua jurisprudência: "A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, **a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa [...]** (TJ-SC - AC: 03004404220158240069 Sombrio 0300440-42.2015.8.24.0069, Relator: Hélio do Valle Pereira, Data de Julgamento: 16/07/2020, Quinta Câmara de Direito Público).¹²⁶(grifo nosso).

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751571868>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no REsp 5050654-29.2015.4.04.0000 RS 2018/0133723-5**. 2ª turma. Rel. Ministro OG FERNANDES. Julgado em: 10/03/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857290539/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-resp-1833714-rs-2018-0133723-5>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

¹²⁶ BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação nº 0300440-42.2015.8.24.0069. 5ª Câmara de direito público. Rel. Hélio do Valle Pereira. Julgado em: 16/07/2020. Disponível em:

Ante o exposto, conforme entendimento jurisprudencial pacificado, o agente público é parte ilegítima para responder ação de indenização por danos materiais e morais cometidos no exercício da função, devendo a ação ser proposta em face do Estado, resguardado a este a ação regressiva em virtude de dolo ou culpa do agente.

4.5 ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO

Como explanado anteriormente, para fins de fixação da responsabilidade civil do Estado a maioria dos doutrinadores faz distinção dos atos comissivos dos atos omissivos.

Maria Helena Diniz traz em sua obra que o art. 37, § 6º da CRFB/88, (teoria do risco) é atribuída a conduta comissiva do Estado, pois somente uma conduta positiva pode gerar, causar, produzir um dano. “Logo, para haver responsabilidade objetiva do poder público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele jamais haverá causa”.¹²⁷

Tanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁸ quanto Matheus Carvalho¹²⁹ são adeptos da responsabilidade civil subjetiva, pautada na teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa nos casos de omissão.

Matheus Carvalho traz em sua obra que a maioria da doutrina entende que a conduta omissiva do Estado não tem respaldo no art. 37, § 6º da CRFB/88, tendo em vista que o texto constitucional traz de forma implícita a existência de uma conduta como elemento da responsabilidade pública.¹³⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda acrescenta “Para que haja a responsabilidade civil decorrente de omissão é necessário haver o dever de agir do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano”.¹³¹

<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878541766/apelacao-civel-ac-3004404220158240069-sombrio-0300440-4220158240069>. Acesso em 17 de outubro de 2021.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 33. ed. - São Paulo: Saraiva, 2019, p. 715.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 725-726.

¹²⁹ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 331.

¹³⁰ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 331.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 728.

A referida autora explica que “Enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos ou ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado”.¹³²

Impor ao Estado o dever de indenizar nos casos de omissão, de acordo com Matheus Carvalho, seria dizer que o Estado deve ser um garantidor universal.¹³³

Todavia, como mencionado, tal entendimento não é unânime na doutrina. Sérgio Cavalieri Filho se posiciona no sentido de que o art. 37, § 6º da CRFB/88:

[...] não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva. O texto constitucional não estabelece nenhuma distinção entre conduta comissiva e omissiva, pelo que não cabe ao intérprete estabelecer.¹³⁴

Nesse mesmo diapasão:

Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte – ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.¹³⁵

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, o ponto para sabermos qual a responsabilidade aplicada ao Estado é verificarmos se estamos diante de uma omissão específica ou genérica.¹³⁶

A omissão específica do Estado se verifica quando:

[...] o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) da pessoa ou coisa, e, por omissão sua, criar situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a **omissão específica** pressupõe um dever especial de agir do

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 728.

¹³³ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 331.

¹³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 292.

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. “**A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias**”. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 191.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 293.

Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado danoso.¹³⁷

Já a omissão genérica ocorre em “Situações em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica. A inação do Estado não se apresenta como causa direta e imediata da não ocorrência do dano, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano”.¹³⁸

Dessa forma, nota-se que quanto à aplicação da responsabilidade civil objetiva pautada na teoria do risco administrativo em casos comissivos não há discordância na doutrina. Apenas quando estamos diante de condutas omissivas é que se deve levar em consideração o tipo de omissão praticada pelo Estado para fins de atribuição de responsabilização.

4.6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO

Do mesmo modo que não há um entendimento pacífico na doutrina, pode-se dizer o mesmo quanto ao entendimento dos nossos Tribunais.

Enquanto que alguns Tribunais inferiores fazem a distinção entre conduta omissiva e conduta comissiva para fins de responsabilidade do Estado, os Tribunais Superiores têm se posicionado quanto à aplicação da responsabilidade objetiva, pautada na teoria do risco administrativo, independente de conduta omissiva ou comissiva, o que será visto abaixo.

No ano de 2019 o STF julgou o RE nº 1.027.633 que deu origem ao tema 940, no qual o Relator Ministro Marco Aurélio pacificou o seguinte entendimento:

A respeito do tema, já tive a oportunidade de observar que **a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva.** Essa responsabilidade objetiva exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; **ação ou omissão administrativa**; existência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 293.

¹³⁸ MARCHESI, Makena. **O STF e a responsabilidade por omissão do Estado: objetiva ou subjetiva?**. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/o-stf-e-a-responsabilidade-por-omissao-do-estado-objetiva-ou-subjetiva/>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

responsabilidade estatal. (Direito Constitucional, 35ª edição, Atlas, 2019, p. 415).¹³⁹

Em recente decisão acerca do tema vem a Suprema Corte aplicando tal entendimento, vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. **Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.** [...] (STF - RE: 136861 SP, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/03/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/08/2020).¹⁴⁰ (grifo nosso).

Antes do tema de repercussão geral 940, já vinha a Suprema Corte decidindo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 03.07.2018. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS AGRAVADOS. INOVAÇÃO RECURSAL. ALEGAÇÃO DE SE TRATAR DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INADMISSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279 DO STF. PRECEDENTES. [...] . 2. **A responsabilidade objetiva se aplica às pessoas jurídicas de direito público pelos atos comissivos e omissivos, a teor do art. 37, § 6º, do Texto Constitucional. Precedentes.** [...] (STF - AgR ARE: 1137891 SP - SÃO PAULO 1002657-30.2015.8.26.0079, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 14/12/2018, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-019 01-02-2019).¹⁴¹(grifo nosso).

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 1.027.633 – SP**. Plenário. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO. Julgado em: 14/08/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751571868>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 136861 - SP**. Plenário. Rel. Ministro EDSON FACHIN. Julgado em: 13/08/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919850145/recurso-extraordinario-re-136861-sp>. Acesso em: 18 de outubro de 2021. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR ARE: 1137891 SP. 2ª turma. Rel. Ministro EDSON FACHIN. Julgado em: 14/12/2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768170458/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-1137891-sp-sao-paulo-1002657-3020158260079>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

No mesmo sentido é o entendimento do STJ:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. **ERRO MÉDICO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 37 DA CF/88.** [...] No mérito, a questão devolvida ao Tribunal, no âmbito deste recurso, diz respeito à responsabilidade civil do Estado em decorrência de suposto erro médico. **O ordenamento jurídico adotou, nesses casos, a Teoria Objetiva ou Teoria do Risco Administrativo, com previsão no art. 37, § 6 da CF/88, segundo a qual, o Estado é obrigado a indenizar desde que comprovada a lesão, e que esta foi por ele causada.** Nessa teoria, embora se prescindia da demonstração de culpa, **exige-se prova inequívoca do dano e do nexa causal entre aquele e a ação ou omissão dos agentes do ente prestador de serviços públicos,** sendo permitido ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexa causal - fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. [...]. (STJ - AgInt nos EDcl no REsp: 1843195 RJ 2019/0308771-8, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 19/10/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2020). ¹⁴²(grifo nosso).

No mesmo sentido do entendimento dos Tribunais Superiores, explica o desembargador Hector Valverde Santana do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

A responsabilidade civil do Estado pelo dano decorrente de conduta omissiva é igualmente objetiva e depende da demonstração de ato omissivo dos agentes estatais, do nexa de causalidade e do dano. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexa causal entre o dano e a omissão do Poder Público.¹⁴³

Conforme amplamente demonstrado, tem-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores se inclinado para a aplicação da teoria do risco administrativo em virtude de danos que venham as vítimas a suportarem, tanto em casos de atos comissivos quando omissivos.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no REsp 0133097-05.2015.4.02.5101 - RJ 2019/0308771-8.** 2ª turma. Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO. Julgado em: 19/10/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1108538982/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-resp-1843195-rj-2019-0308771-8>. Acesso em 18 de outubro de 2021.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **APELAÇÃO CÍVEL 0033113-60.2016.8.07.0018.** 5ª turma cível. Rel. Desembargador HECTOR VALVERDE SANTANA. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848402719/331136020168070018-df-0033113-6020168070018/inteiro-teor-848402770>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

Para tanto, basta que a vítima comprove os requisitos da responsabilidade civil objetiva, sendo estes a conduta (omissiva ou comissiva), dano e nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia possibilitou o estudo acerca do entendimento dos Tribunais Superiores quanto a responsabilidade civil do Estado e, conseqüentemente a responsabilidade civil do médico (agente público) em decorrência de erro médico cometido na prestação de serviço público de saúde.

Em um primeiro momento foi analisado a reponsabilidade civil de forma geral, a fim de entender qual a sua finalidade, sendo esta a reparação de dano resultante de uma conduta, seja ela culposa ou dolosa, por ato comissivo ou omissivo, podendo o dano ser tanto de cunho patrimonial quanto moral e que busca o tanto quanto possível a reparação do dano ao *statu quo ante*.

Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro há a responsabilidade objetiva, (possível de ser aplicada apenas nos casos previstos em lei), na qual não há a necessidade de comprovação de culpa (imperícia, imprudência e negligência), bastando tão somente a conduta do agente, dano e que haja um nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Já a responsabilidade civil subjetiva, adotada pelo Código Civil brasileiro requer da vítima a comprovação da culpa do agente causador do dano.

Conforme amplamente discorrido, a responsabilidade civil aplicada ao Estado difere daquela prevista no Código Civil, pois as teorias de responsabilização aplicadas ao Estado preveem a responsabilidade objetiva pautada na teoria do risco administrativo, ou, em alguns casos aplica-se a responsabilidade subjetiva pautada na teoria da culpa administrativa ou falta do serviço.

No mais, quanto a responsabilidade civil do agente público, o Estado não consegue agir senão através de seus agentes, dessa forma, quando o agente público, por uma ação ou omissão causa dano a alguém, cabe ao Estado a efetiva indenização, não sendo o agente público parte legítima para figurar no polo passivo da ação que busca a reparação do dano.

Quando evidenciado que o agente público agiu em uma das modalidades de culpa, fica assegurado ao Estado a ação regressiva contra o agente causador do dano.

No caso de erro médico, vislumbra-se que este ocorre em uma das três modalidades de culpa, seja pela imperícia (quando o médico não possui competência, experiência ou habilidade), imprudência (quando o médico age precipitadamente ou com falta de cuidados) ou negligência (decorre da omissão, quando o médico deixa de observar o dever de cuidado), podendo haver erro de diagnóstico e até mesmo erro no tratamento escolhido pelo médico.

A obrigação do médico é uma obrigação de meio, ou seja, cabe a ele empregar todos os meios necessários para a cura ou melhora do paciente, não sendo obrigado a garantir o resultado almejado no tratamento. Portanto, quando este age dentro do esperado e o paciente vem a falecer ou sofre alguma piora, não há que se falar em erro médico.

Nos casos em que o paciente tenha uma chance real de cura ou melhora, mas em decorrência de uma falha médica, seja por demora do atendimento ao paciente, escolha errada de tratamento ou erro de diagnóstico, responde o profissional pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

Portanto, somente quando evidenciado algum tipo de erro pelo profissional médico é que teremos a ação regressiva.

Consoante demonstrado, a maioria dos doutrinadores brasileiros faz a distinção entre o tipo de ato praticado pelo agente para fins de responsabilização do Estado. Estes doutrinadores são adeptos da responsabilidade civil do Estado pautado na teoria do risco administrativo em decorrência de ato comissivo e responsabilidade subjetiva pautada na teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa por atos omissivos, quando o Estado tinha o dever de agir e não agiu.

Outros doutrinadores distinguem o tipo de omissão, se genérica ou específica. Nos casos de omissão específica entendem pela aplicação da teoria do risco administrativo, enquanto que a omissão genérica se aplica a teoria da culpa do serviço.

Quanto ao entendimento dos tribunais de nosso país, principalmente nos tribunais inferiores, nota-se que o entendimento quanto ao tipo de responsabilidade civil atribuída ao Estado não é uníssona, pois alguns se baseiam no mesmo entendimento dos doutrinadores.

Após o tema 940 de Repercussão Geral julgado pelo STF, que tinha como pauta a legitimidade passiva do agente público ou não na ação indenizatória, o Relator Ministro Marco Aurélio em seu voto reconheceu que a responsabilidade civil do Estado em decorrência de danos praticados aos administrados é objetiva, pautada na teoria do risco administrativo, independentemente se por ato omissivo ou comissivo.

Antes mesmo da apreciação do tema 940 pela Corte, já vinha o STF e o STJ se inclinando para a aplicação da teoria do risco administrativo a qualquer ato praticado pelo agente, no exercício de sua função, independentemente do ato praticado.

Cabe ressaltar que as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público de saúde respondem solidariamente com o Estado pelos danos causados aos administrados em suas dependências, resguardado ao credor escolher de quem cobrar a indenização.

Diante do exposto, ficou comprovada a hipótese aventada na introdução desta monografia, de que há aplicação na jurisprudência dos Tribunais Superiores da responsabilidade civil objetiva pautada na teoria do risco administrativo pelos danos decorrentes de erro médico na prestação de serviço público de saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2021..

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.html. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

Brasil. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.html. Acesso em: 05 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no REsp 0133097-05.2015.4.02.5101 - RJ 2019/0308771-8**. 2ª turma. Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO. Julgado em: 19/10/2020. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1108538982/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-resp-1843195-rj-2019-0308771-8>. Acesso em 18 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no REsp 5050654-29.2015.4.04.0000 RS 2018/0133723-5**. 2ª turma. Rel. Ministro OG FERNANDES. Julgado em: 10/03/2020. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857290539/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-resp-1833714-rs-2018-0133723-5>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.104.665 – RS**. 3ª turma. Rel. Ministro MASSAMI UYEDA. Julgado em: 04/8/2009. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1>. Acesso em: 13 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.254.141 – PR**. 3ª turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em: 04/12/2012. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865276892/recurso-especial-resp-1254141-pr-2011-0078939-4>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 992265 RS 2007/0230118-1**. 1ª turma. Rel. Ministra DENISE ARRUDA. Julgado em: 16/06/2009. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062152/recurso-especial-resp-992265-rs-2007-0230118-1>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1184932 PR 2010/0043325-8**. 2ª turma. Rel. Ministro CASTRO MEIRA. Julgado em: 13/12/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273614/recurso-especial-resp-1184932-pr-2010-0043325-8-stj>. Acesso em 11/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 993686 RJ 2007/0232752-8**. 2ª turma. Rel. ELIANA CALMON. Julgado em: 07/05/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4129597/recurso-especial-resp-993686-rj-2007-0232752-8>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR ARE: 1137891 SP**. 2ª turma. Rel. Ministro EDSON FACHIN. Julgado em: 14/12/2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768170458/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-1137891-sp-sao-paulo-1002657-3020158260079>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 1.027.633 – SP**. Plenário. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO. Julgado em: 14/08/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751571868>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 136861 - SP**. Plenário. Rel. Ministro EDSON FACHIN. Julgado em: 13/08/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919850145/recurso-extraordinario-re-136861-sp>. Acesso em: 18 de outubro de 2021. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação nº 0300440-42.2015.8.24.0069**. 5ª Câmara de direito público. Rel. Hélio do Valle Pereira. Julgado em: 16/07/2020. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878541766/apelacao-civel-ac-3004404220158240069-sombrio-0300440-4220158240069>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 10048976020148260100 – SP**. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator: J.L. Mônaco da Silva. Julgado em 24/03/2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442324696/apelacao-apl-10048976020148260100-sp-1004897-6020148260100>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **APELAÇÃO CÍVEL 0033113-60.2016.8.07.0018**. 5ª turma cível. Rel. Desembargador HECTOR VALVERDE SANTANA. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848402719/331136020168070018-df-0033113-6020168070018/inteiro-teor-848402770>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed., rev. ampl. e atual. -Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARVALHO, Raquel. **SUS (Sistema Único de Saúde): competências, estrutura, princípios**. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2018/04/13/sus-sistema-unico-de-saude-competencias-estrutura-principios/>. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. - São Paulo: Atlas, 2020.

DICIONÁRIO brasileiro da língua portuguesa. **Responsabilidade**. São Paulo: Michaelis, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/responsabilidade/>. Acesso em 28 de setembro de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 33. ed. -São Paulo: Saraiva, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil – volume 3**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GOMES, Julio Cesar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico**. In: COSTA SIF, Oselka G. Garrafa V. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 243-256.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: esquematizado: - responsabilidade civil, direito de família, direto das sucessões**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1979.

KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaela. **Debates Contemporâneos em direito médico e da saúde**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 183 *apud* **Comentários ao Código de Processo ético-Profissional dos Conselhos de Medicina do Brasil, CRM**. Paraíba, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de defesa do consumidor**. 4. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. RT, 2018.

Lei das XII Tábuas. Tábua sétima. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

LOBO, Roberto Monteiro. **Responsabilidade civil do Estado em casos de custódia**. Disponível em:
<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47844/responsabilidade-civil-do-estado-em-casos-de-custodia>. Acesso em: 05 de outubro de 2021.

MARCHESI, Makena. **O STF e a responsabilidade por omissão do Estado: objetiva ou subjetiva?**. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/o-stf-e-a-responsabilidade-por-omissao-do-estado-objetiva-ou-subjetiva/>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. - Niterói: Impetus, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 319.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.) São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf. 32. ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil**. 6. ed. Grupo GEN, 2015.

NETO, Adamo Luiz; ALVES, Milton Ruiz. **Responsabilidade Médica**. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rbof/a/ZWfjNvggRzzsk76bBq99ZWM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

REZENDE, Milka de Oliveira. **Sistema Único de Saúde (SUS)**. Disponível em:
<https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/sistema-unico-de-saude-sus.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 29

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo, v. 19**. 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, PEREIRA, Caio.Mario. D. Responsabilidade Civil, 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo: esquematizado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. - São Paulo: Editora Método, 2013, p. 443.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense. Método, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **“A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias”**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 191.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.