

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

GREISSIANE KALESKI DOS SANTOS GRÜTTNER

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO E A CULPA PROVADA

**Rio do Sul
2021**

GREISSIANE KALESKI DOS SANTOS GRÜTTNER

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO E A CULPA PROVADA

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

Orientador: Prof. M.e Lucemar José Urbanek

Rio do Sul

2021

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

A monografia intitulada “**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO E A CULPA PROVADA**”, elaborada pelo(a) acadêmico(a) GREISSIANE KALESKI DOS SANTOS GRÜTTNER, 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/SC, 24 de maio de 2021.

Greissiane Kaleski dos Santos Grüttner
Acadêmica

RESUMO

A responsabilidade civil tem como essência a busca pela harmonia em meio a um dano sofrido, objetivando uma reparação. O presente trabalho tem como enfoque a aplicação da responsabilidade civil perante o erro médico, abordando-se a dificuldade de obtenção de provas para comprovação da culpa do profissional médico. Sendo sua responsabilidade subjetiva, que diverge da objetiva, onde explanou-se suas características e normas. Com ampla apresentação das fontes históricas e primordiais da responsabilidade civil, uma vez que sua atuação está ligada ao Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e em geral no direito brasileiro para diversas situações que se deparam com um dano e deste requerem indenização. A pesquisa exemplifica as principais causas de um erro médico, estando apurado sob negligência, imprudência ou imperícia, vias estas que decorrem de uma má prática profissional, exemplificando a obrigação que deste deriva sendo ela de meio, uma garantia ao profissional, que mesmo exercendo uma profissão necessária e essencial para a sociedade, não se compromete a alcançar a cura de um doente. Por esse viés objetivou-se a análise dessa relação médico-paciente, com o ambiente hospitalar fornecido e utilizado por grande parte da população, alcançando um entendimento desse meio em que se enquadram os profissionais médicos e a vulnerabilidade do paciente, observando que o judiciário se encarrega de prestar o auxílio e decisão coerente, uma vez que este está recebendo dia após dia diversos processos nesse âmbito.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Erro Médico. Culpa.

ABSTRACT

Civil liability has as its essence the search for harmony in the midst of damage suffered, aiming at reparation. The present work focuses on the application of civil liability in the face of medical error, addressing the difficulty of obtaining evidence to prove the guilt of the medical professional. Being its subjective responsibility, which differs from the objective, where its characteristics and norms were explained. With ample presentation of the historical and primordial sources of civil liability, since its performance is linked to the Civil Code, the Consumer Protection Code and in general in Brazilian law for various situations that face damage and require compensation. The research exemplifies the main causes of a medical error, being determined under negligence, recklessness or malpractice, these routes that result from a bad professional practice, exemplifying the obligation that it derives from it being a means, a guarantee to the professional, who even exercising a necessary and essential profession for society, does not commit itself to achieving the cure of a sick person. Through this bias, the objective was to analyze this doctor-patient relationship, with the hospital environment provided and used by a large part of the population, reaching an understanding of this environment in which medical professionals and the patient's vulnerability fit, noting that the judiciary is it is in charge of providing the aid and consistent decision, since the latter is receiving several processes in this area day after day.

Key words: Civil Responsibility. Medical Error. Fault.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 RESPONSABILIDADE CIVIL | 11 |
| 2.1 HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 11 |
| 2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO | 13 |
| 2.2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... | 17 |
| 2.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA..... | 19 |
| 2.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 21 |
| 2.4.1 AÇÃO OU OMISSÃO | 21 |
| 2.4.2 CULPA OU DOLO DO AGENTE..... | 22 |
| 2.4.3 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE | 23 |
| 2.4.4 DANO..... | 24 |
| 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO..... | 27 |
| 3.1 NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS | 28 |
| 3.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO | 29 |
| 3.3 IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA | 31 |
| 3.4 DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO | 32 |
| 3.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA..... | 34 |
| 3.5.1 IATROGENIA..... | 35 |
| 3.5.2 FATO DE TERCEIRO | 36 |
| 3.5.3 INTERCORRÊNCIA MÉDICA..... | 36 |
| 3.5.4 CULPA DA VÍTIMA | 37 |
| 3.5.5 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR | 38 |
| 3.5.6 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR | 39 |
| 4 A CULPA PROVADA PARA RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO | 42 |
| 4.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA..... | 44 |
| 4.2 O ERRO MÉDICO..... | 46 |

| | |
|--|-----------|
| 4.2.1 ERRO OU CULPA NO DIAGNÓSTICO..... | 47 |
| 4.2.2 ERRO CIRÚRGICO | 50 |
| 4.3 O MÉDICO DIANTE DA ALEGAÇÃO DE ERRO..... | 52 |
| 4.4 OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO CAUSADO AO PACIENTE | 53 |
| | |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 56 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 59 |

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente Trabalho de Curso é sobre a responsabilidade civil por erro médico e a culpa provada.

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

O objetivo geral deste trabalho de curso é investigar a responsabilização do médico mediante a uma aplicação de má prática profissional, e a vulnerabilidade do paciente em decorrência da verificação da culpa.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos são: analisar a responsabilidade civil; discutir a responsabilização médica; demonstrar a verificação de culpa para proveniente obrigação de reparação por indenização.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: Pode o médico ser responsabilizado civilmente no caso de negligência, imprudência ou imperícia?

Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que o profissional médico possa ser responsabilizado civilmente.

O Método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho de curso será o indutivo; o Método de procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica.

No tocante à justificativa acerca da escolha do tema, a pesquisa abordará as principais causas provenientes de um erro médico, sendo elas, a negligência, imprudência e imperícia, uma vez que a preparação médica não é visível e o profissional não exercendo sua atividade com zelo, atenção, ou com a utilização de todas as técnicas necessárias, uma falha pode surgir no caminho, frustrando o paciente, que se submete a condições hospitalares caóticas, devido a sua hipossuficiência. Considerando, ainda, que esta pode decorrer não só de modo econômico mas de uma difícil compreensão do dano, onde é de seu direito a clara informação, todavia deverá o paciente comprovar a culpa médica, e isso torna-se um tormento às vítimas pela grande dificuldade que há.

Principia-se no Capítulo 2, a contextualização histórica da responsabilidade civil, sua amplitude no direito brasileiro, disposta no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, como ela estava introduzida na sociedade na antiguidade e como se desenvolveu, exemplificando os tipos de responsabilidade, que se dividem em

subjetiva e objetiva, sendo a primeira caracterizada pela teoria da culpa e a segunda pela teoria do risco. Além disso, apresentando alguns elementos, que são ditos como pressupostos da responsabilidade, essenciais para sua concepção.

O Capítulo 3 trata da responsabilidade civil médica, devido a sua prestação de serviço, identificando as obrigações de meio e de resultado, onde destas provem uma indenização decorrente de um erro médico. A obrigação deste profissional é de meio, no entanto está obrigado a exercer uma conduta dentro dos parâmetros legais e suficientes para restauração da saúde, não a cura do doente, definido como um de seus deveres. Contudo, havendo culpa, uma das causas será decorrente da negligência, imprudência ou imperícia, onde o judiciário analisará o que for de seu direito, podendo se resguardar da responsabilidade por algumas excludentes que serão apresentadas.

O Capítulo 4 dedica-se a demonstrar a responsabilização do médico, mediante a culpa provada, uma vez que suas chances de prova são mínimas. Entretanto, há possibilidade de inversão do ônus da prova, onde o juiz observará a conduta médica em relação a saúde do paciente, e as particularidades de um caso concreto para tal decisão. Desse modo, para uma melhor compreensão menciona-se os erros médicos em específico, sendo eles erro de diagnóstico ou erro cirúrgico, dentre outros existentes. Por fim, a pessoa do médico diante de uma alegação de erro, e em decorrência a probabilidade de sua obrigação de reparação do dano causado ao paciente.

O presente Trabalho de Curso encerrar-se-á com as Considerações Finais nas quais serão apresentados pontos essenciais destacados dos estudos e das reflexões realizadas sobre a responsabilidade civil por erro médico e a dificuldade de comprovação da culpa.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A origem da palavra “responsabilidade” proveio do latim como *respondere*, e tem como objeto a restituição ou compensação. Sendo assim, surgiram diferentes entendimentos e conceitos de diversos doutrinadores que buscaram clarear a ideia.

A responsabilidade civil tem como fonte geradora o restabelecimento da harmonia e do equilíbrio violados pelo dano. Portanto pode-se afirmar que são múltiplos os ramos do direito em que a responsabilidade civil atua para restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de danos e demais atividades humanas da vida social.¹

Nos tempos atuais as violações são constantes tanto de normas morais como jurídicas, por isso a importância da responsabilidade civil para restauração de uma harmonia quebrada, assim como a pertinência de um bem e de um sujeito determinado.²

Para José de Aguiar Dias, “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar seu verdadeiro conceito, que varia tanto quanto os aspectos que pode abranger”.³ Portanto no vasto campo da responsabilidade civil deve-se observar e identificar a conduta que reflete obrigação de reparação ou indenização, podendo ser direta, indireta, subjetiva ou objetiva.

2.1 HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para uma melhor compreensão da responsabilidade civil é necessário abordar sua contextualização histórica, traçando os marcos importantes da sua evolução.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Para a nossa cultura ocidental, toda reflexão, por mais breve que seja, sobre raízes históricas de um instituto, acaba encontrando seu ponto de partida no

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 19.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 20.

³ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994. p. 267.

Direito Romano. Com a responsabilidade civil, essa verdade não é diferente. De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido.⁴

A intervenção na sociedade nessa época, acerca de um dano provocado era imediata, e brutal, não havia regras de limitação pois o direito não era manifesto. A regulamentação para punição ou vingança se aplicava da Pena de Talião com traços na Lei das XII Tábuas,⁵ portanto a justiça era feita com as próprias mãos “olho por olho, dente por dente”, não se cogitava a hipótese de reparação ou reintegração do sujeito.⁶

Contudo, proveio a evolução do instituto, conforme apresenta Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Há, porém, ainda na própria lei mencionada, perspectivas da evolução do instituto, ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens.⁷

O legislador tornou-se uma imagem importante na sociedade e revolucionária vedando a justiça aplicada pelas próprias mãos, se tornando ainda mais presente a economia, ou seja, uma obrigação tarifada passou a se desenvolver, onde o ofensor por meio de valor pagava a sua pena.

Posteriormente um novo marco histórico importante se deu, com a edição da *Lex Aquilia*, e uma nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual. Não continha ainda um conjunto de regras pautadas no direito

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 16.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 16.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 26.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 16.

moderno, mas regulamentava a reparação do dano por meio de um princípio geral da Lei Aquília.⁸

Todavia, novos danos e condutas passaram a surgir com mais celeridade na sociedade, tornando-se necessária novas aplicações de solução para casos concretos, conforme afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Assim, num fenômeno dialético, praticamente autopoietico, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado. Tais teorias, inclusive, passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, o que foi adotado, mais recentemente, até mesmo pelo novo Código Civil brasileiro.⁹

Diante disso, compreende-se que o Direito está sempre se enquadrando conforme a necessidade atual, e que a responsabilidade civil teve grandes avanços importantes e fundamentais.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Numa primeira fase estava estabelecido apenas o Código Criminal de 1830, que regulamentava questões civis e criminais, aplicando justiça, equidade, reparação, indenização, etc. Posteriormente surgiu o Código Civil de 1916 tornando-se independente da jurisdição civil e criminal.¹⁰

O Código Civil de 1916¹¹ estava ligado a teoria subjetiva, que exige a necessidade de comprovação da culpa ou dolo impondo ao causador do dano a obrigação de sua reparação. Para Sergio Cavalieri Filho, “O anseio de obrigar o

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 16.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 17.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 28.

¹¹ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça".¹²

Entretanto, a teoria da culpa não visa uma importância exigível para a vítima, que ficava muitas vezes a mercê de provas incertas, não alcançando seu ideal de justiça, ou seja, tornou-se insuficiente para a proteção da vítima. Portanto, a teoria do risco sem substituir a teoria da culpa, ganhou espaço através de novos estudos para propiciar uma proteção maior a vítima.¹³

Desse modo, compreende-se que os princípios da responsabilidade civil se baseiam na reparação de um dano, sua restauração e a busca pelo equilíbrio primordial, com o dever de indenização sob toda atividade que acarrete prejuízo.¹⁴

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

Ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo, noção introduzida pelo Código Civil italiano de 1942 (art. 2.050). Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados. Nesse diapasão poderíamos exemplificar com uma empresa que se dedica a produzir e apresentar espetáculos com fogos de artifício. Ninguém duvida de que o trabalho com pólvora e com explosivos já representa um perigo em si mesmo, ainda que todas as medidas para evitar danos venham a ser adotadas. Outro exemplo que parece bem claro diz respeito a espetáculos populares, artísticos, esportivos etc. com grande afluxo de espectadores: é curial que qualquer acidente que venha a ocorrer em multidão terá natureza grave, por mais que se adotem modernas medidas de segurança. O organizador dessa atividade, independentemente de qualquer outro critério, expõe as pessoas presentes inelutavelmente a um perigo.¹⁵

Cabe exemplificar que o Código Civil de 1916¹⁶, não tratou de forma madura a responsabilidade civil por ainda não ter atingido um estágio essencial, pois a responsabilidade civil é muito dinâmica, sofrendo variações constantes pelo fato de a

¹² CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 28.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 362.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 365.

¹⁶ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

vida social ter sofrido grandes mudanças e exigido novas necessidades. Desse modo, novas linhas de pensamentos doutrinários e jurisprudências foram sendo elaborados, assim é ainda nos dias de hoje, a legislação vai se adequando conforme a necessidade e demanda.

Para Washington de Barros Monteiro “a tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a ideia da responsabilidade pela ideia da reparação, a ideia da culpa pela ideia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva”.¹⁷

Já o Código Civil de 2002, trata a responsabilidade civil de forma mais profunda, baseando-se na teoria da culpa, conforme está disposto no artigo 186 “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.¹⁸

Observa-se, portanto, que foi incluída a indenização por dano moral na legislação pertinente, o que era reprimido pelos tribunais até então.

Considerando o artigo 186, é importante a comparação entre os dois Códigos, ou seja, os dois momentos do qual a lei foi fundamental. No antigo Código Civil esse artigo se tinha pelo número 159 utilizando-se da expressão “OU”, portanto (*violar direito OU causar prejuízo a outrem*), o texto atual sendo o artigo de número 186 tem como expressão o “E”, (*violar direito E causar dano a outrem*).¹⁹

Há diversos apontamentos referente a revogação do texto anterior e a colocação do atual, para alguns doutrinadores o legislador não foi claro, objetivando e provendo vários entendimentos, abrindo, portanto, uma margem maior de consequências. Para Sílvio de Salvo Venosa:

Apesar da celeuma que essa modificação causou a princípio, não me parece que exista uma diferente compreensão no texto mais recente. Isto porque, em nosso uso vernacular, “e” por vezes possui o sentido de “ou” e vice-versa. E ainda porque, salvo exceções expressas no ordenamento quanto à simples violação de direito, sem a existência de efetivo prejuízo, ainda que de cunho

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil**, v. 5. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2011. p. 361.

¹⁸ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 358.

exclusivamente moral, não haverá indenização. Mas, é evidente, o legislador deve ser claro e nesse texto revogado não o foi.²⁰

Afirma ainda, Rui Stoco:

A disjuntiva ou estava mal posta no texto, dando ensanchar a que dele se extraíssem duas consequências absolutamente equívocas. Primeiro, que bastaria um comportamento voluntário, por negligência ou imprudência, violador de direito, para que o agente ficasse obrigado a reparar o dano. Segundo, que bastaria a causação do prejuízo, ainda que não tivesse havido a violação de direito, para que nascesse o dever de reparar. Com essa exegese, nenhuma das proposições estava correta. Pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como consequência, a ocorrência de um dano.²¹

Portanto, ambos os Códigos se expressaram de forma não clara, pois o ato ilícito existe com ou sem dano. Contudo o artigo 927 expressa “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”. E seu parágrafo único “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.²²

Considerando, então, adotou-se uma solução independente do princípio da responsabilidade de culpa, enquadrando as atividades perigosas, o que anteriormente consagrava-se pela responsabilidade subjetiva.

É importante mencionar que o Código Civil de 2002 trouxe uma inovação para o campo da responsabilidade civil, em se tratando de vasta abertura para as jurisprudências, em relação as atividades perigosas ou de risco.²³

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 358.

²¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 123.

²² BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 31.

2.2.1 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

A vulnerabilidade do consumidor é a própria essência para a codificação do Código de Defesa do Consumidor,²⁴ considerado um dos ditames básicos para a ordem econômica. O Código é moderno e com aplicação de princípios inovadores, sua elaboração tornou-se cada vez mais importante e necessária, a partir das relações de consumo que a sociedade passou a dispor.

O Código de Defesa do Consumidor se enquadra em uma legislação de direito social, ou seja, tanto o direito privado quanto o público, quando houver relação de consumo, devem harmonizar-se com o Código consumerista.²⁵

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, relação de consumo “é a relação jurídica contratual ou extracontratual, que tem numa ponta o fornecedor de produtos e serviços e na outra o consumidor; é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor tendo por objeto a circulação de produtos e serviços”.²⁶

Até a criação dessa lei não havia uma eficiente proteção para com o consumidor, que ficava a mercê dos princípios da responsabilidade civil da época. Considerando ainda a insuficiência de parâmetros para ser considerado consumidor, o que inovou com o Código atual, que em seu artigo 2º dispõe o conceito de consumidor, “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”,²⁷ ou seja, tanto a pessoa física quanto jurídica é considerada consumidor.

Portanto, considerando, essa ampla proteção, cabe destacar as atividades de risco envolvendo consumidores profissionais liberais, sendo eles médicos e advogados, por exemplo, e a relação de consumo que há nesse meio.

²⁴ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 366.

²⁶ CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 505.

²⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

A demonstração da culpa expressa no artigo 14, § 4.º do Código de Defesa do Consumidor,²⁸ contraria o profissional liberal que tem uma obrigação de meio, este permanecerá na responsabilidade civil de natureza subjetiva, porém o descumprimento contratual da obrigação em si, eventualmente causando danos, presume-se a culpa.²⁹

Conforme afirma Maria Helena Diniz:

Assim, se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade do profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico; ele é que deverá provar que não houve inexecução culposa da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência ou imprudência sua. Tal prova poderá ser feita por testemunhas, se não houver questão técnica a ser esclarecida, sendo necessário que haja liame de causalidade entre o dano e a falta do médico de que resulta a responsabilidade civil. Portanto, a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares.³⁰

No entanto, caberá indenização aos consumidores por eventuais danos decorrentes, mas em se tratando de produto e nele havendo vício nem sempre a reparação se dá pelo pagamento de uma quantia em dinheiro, pois o Código estabelece alternativas para substituição do produto ou refazimento do serviço.

Desse modo, percebe-se que a aplicação de uma lei para o caso concreto depende muito de uma profunda análise, levando em consideração a vulnerabilidade do consumidor e a relação de consumo acompanhada da obrigação de meio ou de resultado.

²⁸ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 97.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro — Responsabilidade Civil**, 34. ed., São Paulo: Saraiva, 2020. p. 347.

2.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

O direito brasileiro em decorrência de diversos princípios e disposições legais concebe duas espécies de responsabilidade civil, a objetiva e a subjetiva.

A responsabilidade objetiva, também conhecida por teoria do risco, não leva em consideração a culpa e se satisfaz apenas com dano enexo de causalidade, postulando a indenização ou reparação independentemente de culpa, e nem mesmo se exige a sua prova, pois ela se presume conforme a lei.³¹ A presunção da culpa inverte o ônus da prova, permitindo ao autor que apenas prove o dano na ação, e a culpa do réu já está presumida devendo ele comprovar a sua conduta.

A teoria do risco justifica a responsabilidade objetiva da seguinte forma, que toda pessoa que desenvolve uma atividade cria um risco de dano para com algum terceiro, devendo então repará-lo independentemente de culpa.

Nos primórdios, a responsabilidade não se justificava no risco como nos dias de hoje, mas sim na ideia de vingança, o que mudou com a evolução dos tempos, porém somente a culpa é insuficiente para regulamentação de todos os casos envolvendo responsabilidade.³²

Pois é constante as variações de crimes e punibilidades, sendo assim o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, leciona a dinamicidade da responsabilidade civil:

A teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto enfocado pelo Código de 2002. Levemos em conta, no entanto, que a responsabilidade civil é matéria viva e dinâmica na jurisprudência. A cada passo estão sendo criadas novas teses jurídicas como decorrência das necessidades sociais.³³

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 29.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 50.

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 24 mar. 2021. p. 369.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor³⁴ é um exemplo recente da responsabilidade objetiva, introduzindo a responsabilidade nas relações de consumo, e visando o respeito a integridade física, patrimonial e psíquica da vítima. Desse modo, tendo o sujeito seu direito lesado, decorrente da violação de dever jurídico, caberá indenização em razão da atividade realizada pelo detentor, tendo este que indenizar, é o que afirma o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa:

A teoria do risco aparece na história do Direito, portanto, com base no exercício de uma atividade, dentro da ideia de que quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que ela causar, independentemente de culpa sua ou de prepostos. O princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos. O exercício de uma atividade que possa representar um risco obriga por si só a indenizar os danos causados por ela.³⁵

Conforme mencionado, a culpa não é tão relevante e discutida, pois basta o ofendido comprovar o dano e o nexo de causalidade, que o dever de indenizar se faz presente.

Entretanto, a responsabilidade subjetiva, também chamada de teoria da culpa, tem a culpa como fundamento da responsabilidade civil, sendo que não havendo culpa, não há responsabilidade. Portanto, para que haja o dever de indenizar, é necessário que se prove a culpa do agente.

O agente causador caracterizando negligência ou imprudência tem a culpa, conforme expressa o Código Civil, em seu artigo 186 “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”,³⁶ verifica-se então a obrigação de reparar o dano, de indenizar.

Há exceção em se tratando dos profissionais liberais, que não aderem a lei consumerista relacionada com a responsabilidade objetiva, um médico por exemplo, que age com negligência, conseguindo a vítima provar, está clara a culpa, responsabilizado subjetivamente.

³⁴ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 370.

³⁶ BRASIL. **Código Civil**. 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: 24 mar. 2021.

É o que diz Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa — unuscuque sua culpa nocet. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.³⁷

Considerando, assim as duas formas de responsabilidade a objetiva e a subjetiva, verifica-se que elas são dinâmicas e se conjugam, cada qual com suas particularidades, se enquadrando nas necessidades que atualmente existem e exigem responsabilização.

2.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil dispõe de alguns elementos que são essenciais para sua concepção, sendo eles: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Para Carlos Roberto Gonçalves têm-se como regra universal o artigo 186 do Código Civil,³⁸ ou seja, todo aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo. Portanto, é fundamental que se analise os pressupostos que decorrem dessa responsabilidade.³⁹

2.4.1 Ação ou omissão

Aqui a lei é clara ao afirmar que qualquer pessoa que por ação ou omissão, cause dano a outro, portanto este pode derivar de terceiro, de coisas ou animais. A conduta humana guiada pela vontade do agente pode ser positiva ou negativa, é o que afirma Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “O núcleo fundamental,

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 24 mar. 2021. p. 17.

³⁸ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 17 mar. 2021.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 54.

portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”.⁴⁰ No entanto, o próprio comportamento humano é que poderá produzir um resultado danoso e disso gerar consequências jurídicas.

Afirmam ainda Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Em outras palavras, a voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.⁴¹

Desse modo, observa-se que ensejando a responsabilidade civil de uma pessoa física ou jurídica, haverá uma conduta humana que causará o dano e sua consequente responsabilização.

2.4.2 Culpa ou dolo do agente

O dolo deriva de uma violação do direito, referido novamente no artigo 186 do Código Civil,⁴² considerando ação ou omissão, e após refere-se a culpa decorrente de negligência ou imprudência.⁴³

Considerando as hipóteses, é necessário que estas sejam provadas para reparação do dano, conforme a teoria subjetiva já mencionada, ocorre que pela

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 23.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 23.

⁴² BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 54.

dificuldade encontrada, é permitido em hipóteses específicas que a responsabilidade se dê sem culpa, ou seja, a responsabilidade objetiva.⁴⁴

A teoria subjetiva distingue a extensão e natureza da culpa, é o que apresenta o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho:

Examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá. Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*. Já a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.⁴⁵

Contudo, o Código Civil⁴⁶ não distingue o tamanho da culpa, mas equipara a culpa e o dolo para fins de reparação do dano, sendo assim, ainda que levíssima a culpa, haverá a obrigação de indenizar.⁴⁷

2.4.3 Relação de causalidade

Quando houver a relação de causa e efeito, constituindo um dano sofrido haverá reparação, é o que afirma o artigo 186 do Código Civil,⁴⁸ que apresenta o termo “causar”. Portanto sem a relação de causalidade não existe obrigação, é o que diz Carlos Roberto Gonçalves “Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 55.

⁴⁵ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 48.

⁴⁶ BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

⁴⁷ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 48.

⁴⁸ BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar”.⁴⁹

Desse modo, cabe ressaltar que a investigação do nexo de causalidade é indispensável, ou seja, esta determinará o agente infrator, onde recairá as responsabilidades jurídicas.

Marco Aurélio Bezerra de Melo pontua “O nexo causal é um elemento vital para o bom entendimento da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, pois, para se responsabilizar alguém, importa que se estabeleça um elo, uma ponte, uma ligação lógica entre este e o fato jurídico que o ensejou”.⁵⁰

Portanto, o sujeito infrator só poderá ser responsabilizado cujo seu comportamento cause prejuízo.

2.4.4 Dano

O Dano é um dos elementos principais para responsabilização, pode ser ele material ou moral. Sem a configuração e existência do prejuízo não há o que indenizar.⁵¹

Marco Aurélio Bezerra de Melo disserta que:

O dano não é apenas lesão a um direito abstratamente considerado, mas sim um interesse que diante do caso concreto justifique a reparação civil, seja ela patrimonial ou por ofensa a valores existenciais, causando o chamado dano moral. Isso porque às vezes as pessoas veem-se na contingência de suportar incômodos, restrições, perdas de tempo e até de patrimônio em razão de um interesse superior de natureza coletiva, como proteção à vida, aos direitos difusos do consumidor ou ao meio ambiente.⁵²

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 55.

⁵⁰ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 203.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 26.

⁵² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 59.

Desse modo, compreende-se que mesmo que haja uma violação ao direito, existindo dolo ou culpa, somente haverá o dever de reparação e indenização se este causar prejuízo.⁵³

Conforme mencionado, o dano decorre de uma infração moral ou material, porém outras modalidades de dano passaram a ser aderidas, provendo a dignidade da pessoa humana e da sociedade que estão mais vulneráveis com a atualidade.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho classificam os principais danos emergentes:

O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo. (...) Entretanto, conforme dissemos, o dano poderá atingir outros bens da vítima, de cunho personalíssimo, deslocando o seu estudo para a seara do denominado dano moral. Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade).⁵⁴

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, o dano é um grande vilão da responsabilidade civil, pois pode haver uma responsabilidade sem culpa, mas jamais uma responsabilidade sem dano, e deste decorre o dever de indenização, seja por danos morais ou por danos materiais.⁵⁵

O sujeito infrator quando responsabilizado deve arcar com suas consequências, contudo estará amparado pela investigação da relação de causalidade.

Cabe mencionar, a ideia do dano acerca dos interesses individuais, os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho consideram que o Direito Civil não se limita somente a estes, mas sim a coletividade, pois vivemos em

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 56.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 27 e 29.

⁵⁵ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 70.

sociedade, portanto seja patrimonial ou moral, o prejuízo do homem semelhante, repercute socialmente na esfera pessoal dos cidadãos.⁵⁶

Desse modo, vistos os pressupostos da responsabilidade civil e sua contextualização histórica com marcos importantes e fundamentais, é necessário entendimento da responsabilidade civil sob o profissional médico, diante do cenário atual acerca da saúde pública, por exemplo, onde a prestação desse serviço pode ser vítima de más práticas profissionais, devido a uma série de fatores que podem influenciar.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 26.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O Código Civil de 1916⁵⁷ estabeleceu a responsabilidade dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas dentro dos atos ilícitos, nos limites do artigo 1.545 “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

Já o Código Civil de 2002⁵⁸ trata dessa responsabilidade no seu artigo 951 “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

Portanto, percebe-se que o atual Código assume as modalidades de indenização por responsabilidade médica, está que é subjetiva mediante verificação da culpa, conforme dispõe o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁹ Sendo o médico um profissional liberal, compromete-se com a prestação de um serviço atento, objetivando um bom resultado, decorrente da utilização de todas as técnicas científicas para tanto, contudo trata-se de uma obrigação de meio.

Cabe mencionar o que entende o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.⁶⁰

Há questionamentos decorrentes desse tratamento diferenciado aos médicos como profissional liberal, já que não ocorre o mesmo com hospitais, clínicas e assemelhados que se qualificam como fornecedores na dicção do artigo 3º do Código

⁵⁷ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

⁵⁸ BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

⁵⁹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 285.

de Defesa do Consumidor,⁶¹ pois o resultado final não depende somente do médico, mas sim de fatores materiais e diagnósticos.

Entretanto, sendo a obrigação do médico de meio e não de resultado, este não se exime de agir e demonstrar a aplicação de todos os métodos profissionais possíveis para a melhora do quadro clínico do paciente.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

A atividade médica resulta muitas vezes um contrato de prestação de serviços, ocorre que haverá inadimplemento contratual uma vez que o paciente apresente a prova de que o profissional atuou em desacordo com a ética médica. Considera-se ainda, que o contrato entre o médico e o paciente é singular, pois é necessário que o paciente colabore para o sucesso ou insucesso da atividade médica.⁶²

Na atual doutrina, o caráter contratual dessa responsabilidade é bastante discutido, uma vez que fica difícil acometer o médico quando socorre uma vida na via pública que sofreu um acidente, diferente de quando contrata um médico para realização de uma determinada cirurgia.

Nehemias Domingos de Melo explica:

A discussão doutrinária acerca da responsabilidade extracontratual dos serviços médicos em muito foi alimentada pelo fato de o Código Civil (...) ter regulado a responsabilidade médica no capítulo que trata da responsabilidade civil por ato ilícito (art. 1545 do CC de 1916 e art. 951 do CC 2002), contudo isso não altera a relação estabelecida entre médico e seu paciente, porquanto, muitas das vezes, haverá de fato um contrato seja tácito, verbal ou mesmo escrito.⁶³

Portanto, hoje a responsabilidade médica deve ser examinada pelos dois ângulos, contratual e extracontratual, sendo primeiramente a responsabilidade decorrente de prestação de serviço pelo profissional liberal o médico, e por segundo

⁶¹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 477.

⁶³ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

a prestação de serviço médico empresarial, sendo hospitais, clínicas, laboratórios, etc.⁶⁴

Sendo assim, nenhum médico por mais experiente e competente que seja poderá assumir a obrigação de curar o doente, mas se obriga de proporcionar ao paciente todos os cuidados necessários e de acordo com as regras e métodos exigidos pela profissão, é o que afirma Sergio Cavalieri Filho.⁶⁵

Contudo, o médico provando que agiu com dedicação, esforço e zelo, cumprirá sua parte do contrato, independente da cura do paciente, levando em consideração a obrigação ter sido de meio e não de resultado, não podendo se falar, portanto, em inadimplemento do profissional. Conforme diz Carlos Roberto Gonçalves “O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência”.⁶⁶

Disso resulta, segundo Sergio Cavalieri Filho “que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada”, não objetivando no entanto, o insucesso do diagnóstico ou tratamento, mas caberá ao paciente demonstrar que o profissional médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia.⁶⁷

José de Aguiar Dias, conclui que a responsabilidade médica é de natureza contratual, porém as ações contratuais e extracontratuais conduzem ao mesmo resultado e a confusão entre as duas espécies é falta meramente venial.⁶⁸

3.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A prestação da obrigação de meio não consiste em um resultado certo e determinado a ser obtido pelo médico, mas sim, deste utilizar-se de todos os meios para atingir o resultado, com prudência e diligência, de acordo com a definição de

⁶⁴ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 411.

⁶⁵ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 411.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 285.

⁶⁷ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 411.

⁶⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994. p. 282.

Maria Helena Diniz “é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo se vincular a obtê-lo”.⁶⁹

Cabe mencionar ainda, o que diz Nehemias Domingos de Melo:

Questão que suscita acalorados debates é a que diz respeito à inversão do ônus da prova nas ações que visam ressarcimento em face de danos decorrentes da atividade dos profissionais liberais. Nesta seara assume grande importância a discussão quanto a ser de meio ou de resultado a obrigação assumida pelo profissional liberal.⁷⁰

Observa-se, portanto, a discussão acerca das obrigações, pois sendo a obrigação de meio cabe ao lesado provar que o profissional não agiu com os cuidados devidos. O que não atinge o resultado, pois este não objetiva um fim, mas sim seu melhor tratamento e cuidado com a devida atenção necessária.

Contudo, quando o profissional assume determinada finalidade a ser alcançada e se compromete com os resultados finais, este está diante de uma obrigação de resultado, é o que apresenta a definição de Maria Helena Diniz:

Aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal modo que a obrigação somente se considerará cumprida com a efetiva produção do resultado pretendido.⁷¹

Desse modo, não alcançando o resultado basta demonstrar que o objetivo final não foi realizado, para então surgir a obrigação de indenizar. Sendo assim, o ônus probatório passa a ser do profissional, que deverá provar que agiu com prudência, negligência e que o fato resultou de caso fortuito ou força maior.

Portanto, as condições da obrigação de meio se aplicam ao profissional médico, contudo nos casos de cirurgias plásticas a obrigação é de resultado. Cabe ressaltar o que explica Nohemias Domingos de Melo nessa concepção:

A lógica que justifica esse tratamento jurídico diferenciado se assenta no fato de que na cirurgia plástica de embelezamento, o paciente é saudável e

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro — Responsabilidade Civil**, 34. ed., São Paulo: Saraiva, 2020. p. 352.

⁷⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 77.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro — Responsabilidade Civil**, 34. ed., São Paulo: Saraiva, 2020. p. 352.

pretende com a intervenção melhorar a sua aparência; já na cirurgia reparadora, o que o paciente busca é a correção de lesões congênitas ou mesmo adquiridas.⁷²

Em se tratando dessa diferenciação, é importante a exemplificação dos casos, por exemplo, o paciente quando pretende realizar uma cirurgia estética no seu rosto objetivando uma harmonização, contrata o cirurgião para obter determinado fim, sendo aqui a obrigação de resultado. Porém quando o indivíduo necessita de uma cirurgia reparadora decorrente de um acidente por exemplo, o cirurgião não se compromete a um resultado, sendo portanto, uma obrigação de meio.

3.3 IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA

O erro médico é decorrente de ação ou omissão, podendo ser apurado através de três vias principais, a imprudência, negligência e imperícia, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves explica:

A culpa *stricto sensu* ou aquiliana abrange a imprudência, a negligência e a imperícia. Imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. E imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.⁷³

A palavra imprudência significa falta de atenção, de cautela ou cuidado, por exemplo, o profissional médico age com imprudência quando tem atitudes não justificadas e precipitadas, não utilizando de cautela. Considerando que o profissional da medicina deve ser prudente, uma vez que trata de um bem jurídico de suma importância, ou seja, a saúde e a vida humana. Um exemplo de atitude imprudente do médico, seria a alta prematura, ou a realização de uma operação cesariana sem a equipe cirúrgica mínima necessária.

A negligência é a que observar-se de modo mais fácil no dia a dia, é a inobservância do médico em relação aos cuidados necessários. Como exemplo têm-

⁷² MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 352.

se o médico que age negligente ao não informar ao paciente seu verdadeiro quadro clínico, fato este que é direito da vítima, e ainda o médico que prescreve medicamento errado com relação a doença.

E por fim, a imperícia que decorre de falta de habilidade no exercício da atividade técnica de determinada profissão, ocorre quando o médico revela, em sua atitude, falta ou deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, ensejando um erro grosseiro, como o desconhecimento de que determinado medicamento pode causar reações alérgicas no paciente.

Considerando que o erro provocado pelo médico no exercício da profissão é considerado culposo, uma vez que não tinha intenção de cometê-lo, diferente da expectativa de quem procura um bem e alcança o mal, onde o resultado danoso é visível.

3.4 DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO

A medicina é uma das poucas atividades profissionais que envolvem uma carga tão grande de emotividade, pois ter a vida de um paciente em suas mãos requer muita vocação e devoção.⁷⁴

Disciplina os direitos e deveres dos médicos o Código de Ética Médica,⁷⁵ que estabelece em seu artigo 1º que “Art. 1.º A medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza”.

É importante mencionar que há um choque entre os princípios jurídicos, sendo o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, é o caso do profissional médico diante de um paciente, cuja religião é testemunha de Jeová, que não aceita a transfusão de sangue, nesse caso como responsabilizar o médico diante dessa situação.

Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam:

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 98.

⁷⁵ BRASIL. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

Temos plena convicção de que, no caso da realização de transfusão de sangue em pacientes que não aceitam esse tratamento, o direito à vida se sobrepõe ao direito à liberdade religiosa, uma vez que a vida é o pressuposto da aquisição de todos os outros direitos. Além disso, como já colocado, a manutenção da vida é interesse da sociedade e não só do indivíduo. Ou seja, mesmo que, intimamente, por força de seu fervor, ele se sinta violado pela transfusão feita, o interesse social na manutenção de sua vida justificaria a conduta cerceadora de sua opção religiosa.⁷⁶

Portanto, um dos direitos médicos é exercer sua profissão com liberdade, sem impedimentos religiosos, de nacionalidade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza, contudo levando em consideração a existência ou não de iminente perigo de vida, para não correr o risco de constrangimento ilegal ao paciente.⁷⁷

Cabe ressaltar o dever de informação ao paciente, previsto no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor,⁷⁸ ligado ao princípio da transparência, ou seja, é direito do paciente ser informado acerca dos riscos e consequências que determinado tratamento pode causar, além disso, prestar a informação de maneira clara, correta e compreensiva.

Entretanto, é direito e dever do médico ser informado acerca das propriedades dos medicamentos que prescreve, e das condições do paciente, segundo Carlos Roberto Gonçalves:

O aludido dever abrange o de se informar o médico acerca do progresso da ciência e sobre a composição e as propriedades das drogas que administra, bem como sobre as condições particulares do paciente, realizando, o mais perfeitamente possível, a completa anamnese.⁷⁹

Desse modo, percebe-se que além de cautela o médico deve realizar um bom atendimento, pois desde o diagnóstico o médico assume responsabilidade, vale a menção da importante colocação que apresenta o doutrinador Silvio de Salvo Venosa:

⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 99.

⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 99.

⁷⁸ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 287.

O médico assume a responsabilidade desde o diagnóstico clínico ou laboratorial, pois de início decorrerão consequências para o paciente. A identificação errada da moléstia ou a medicação inadequada pode causar danos irreversíveis. Os deveres do médico não se resumem ao diagnóstico e a prescrição de medicamentos, mas estende-se mesmo depois da cura do paciente, quando este necessitar de monitoramento.⁸⁰

Considerando, que a conduta médica está ligada a uma norma ética, ou seja, o dever-ser, existente e necessário na ética profissional, para o desenvolvimento desta com dignidade e respeito, sendo o médico obrigado a exercer seus deveres e prover de seus direitos sob pena de responsabilização. Portanto o juramento na colação de grau relevante a preservação da vida, não é mera formalidade, mas sim uma verdadeira regra importante para o comportamento e aplicação da atividade profissional médica.⁸¹

3.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

O profissional médico, em meio as suas atuações, poderá ter a culpabilidade excluída, ou seja, não será responsabilizado por uma situação que decorreu dos fatos, sendo eles, iatrogenia, fato de terceiro, intercorrência médica, culpa da vítima, caso fortuito e força maior e cláusula de não indenizar.

É importante ressaltar que estes fatos não cabem ao profissional que demonstra imperícia, negligência ou imprudência, quando se espera um bom profissional atuante. Carlos Roberto Gonçalves entende “Neste caso, exsurge a responsabilidade civil decorrente da violação consciente de um dever ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado”.⁸²

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 476.

⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 98.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 290.

Desse modo, observa-se o quão importante é a conduta do profissional médico para a sua responsabilização, portanto serão abordadas as causas que geram a improcedência da ação e extinção da punibilidade.

3.5.1 Iatrogenia

A iatrogenia consiste no dano causado pelo próprio tratamento ou intervenção médica, quando a conduta médica foi adequada têm-se que foi iatrogenia *strictu sensu*, pois se o erro de diagnóstico tivesse ocorrido pela culpa médica, esta ainda assim teria que responsabilizar, no entanto, a iatrogenia em *sentido estrito* não surge o dever de reparar para o médico.⁸³

Cabe mencionar, que determinados danos são certos e muitas vezes inevitáveis, por exemplo, a extirpação de uma mama decorrente ao câncer, ou a amputação de uma perna de pacientes diabéticos. Nesses casos, observa-se a aceitação do dano pelo paciente devidamente informado, ou então o dever do médico agir nas hipóteses de risco de morte, mesmo contra vontade do paciente, desse modo, não haverá culpa médica, uma vez que o profissional agiu adequadamente e com as técnicas recomendadas.⁸⁴

Na visão do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

Também não acarreta a responsabilidade civil do médico a “iatrogenia”, expressão usada para indicar o dano que é causado pelo médico, ou seja, o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados. Aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica, sendo por isso escusável.⁸⁵

Portanto, verifica-se que em primeiro momento a iatrogenia provém do erro médico, no entanto, depende das características intrínsecas de cada paciente, pois

⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 56.

⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 58.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 290.

mesmo o profissional médico agindo com cautela e utilizando das técnicas médicas mais contundentes possíveis, pode o paciente não reagir da maneira esperada, ocasionando assim uma iatrogenia.

3.5.2 Fato de terceiro

Um dos excludentes da responsabilidade civil é o fato de terceiro, alguém mais além da vítima e do causador do dano. O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, § 3º, inciso II, prevê a culpabilidade por fato exclusivo de terceiro, “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.⁸⁶

Haverá, portanto o rompimento do nexo de causalidade, um exemplo, o paciente que recorre a outro médico depois de ter começado o tratamento com o primeiro, passando a seguir o tratamento por este indicado, e então vem a sofrer um dano, assim exime se a responsabilidade do primeiro médico.⁸⁷

Há algumas discussões acerca da concorrência de culpa nessas situações, porém o Código consumerista apesar da aplicação da responsabilidade objetiva, não caberia a concorrência de culpa, pois a culpa do fornecedor de serviços nesse caso seria irrelevante, uma vez que a responsabilidade civil do médico é de natureza subjetiva, portanto é inegável a aplicabilidade de culpa concorrente na relação de médico-paciente.⁸⁸

3.5.3 Intercorrência médica

O paciente quando se submete a determinado tratamento ou cirurgia, por mais simples que seja, poderá haver complicações, ou seja, o profissional médico por mais

⁸⁶ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 73.

⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 73.

preparado que pode estar, ou por mais experiente que seja, pode passar por situações inesperadas e sem soluções.

É nesses parâmetros que se encontra a intercorrência médica, como excludente da responsabilidade civil, ou seja, fatos ou procedimentos médicos que geraram complicações imprevisíveis.

Um exemplo importante que cabe mencionar, é o médico que aplicou determinado medicamento ao paciente, que não gerou nenhum tipo de reação alérgica, contudo em uma próxima aplicação o medicamento causou reações.

Observa-se, portanto, que cada paciente tem variações diversas em seu organismo, alguns mais suscetíveis a outros. Sendo assim, um procedimento que para um tem uma reação de normalidade para outro pode ser fatal. No entanto, não significa que o profissional médico tenha agido com insegurança, mas que em meio a situação vivenciada determinado fato pode ser inesperado, além da profissão requerer muita cautela o paciente está à mercê de um risco na maioria dos tratamentos médicos, podendo o seu corpo reagir de modo surpreso, pode-se falar então em intercorrência médica.

3.5.4 Culpa da vítima

Uma outra situação que desobriga o profissional a indenizar é a culpa exclusiva da vítima, onde haverá a ruptura do nexo de causalidade. Nesse sentido, o paciente que não segue nenhuma das orientações médicas, não usa os remédios prescritos, ou seja, não segue o tratamento indicado, este que pode ser essencial para sua sobrevivência, estará contribuindo para a verificação do dano.

Portanto, Maria Celina Bodin de Moraes e Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirmam que “se a conduta do paciente foi suficiente para interromper o nexo causal que ligava o tratamento médico ao dano sofrido, verificar-se-á *fato exclusivo da vítima*, isentando de responsabilidade o profissional de saúde”.⁸⁹

⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 72.

Desse modo, entende-se que o médico agindo de maneira prudente, quando o paciente resolve não seguir as orientações, exime-se da obrigação de indenização a vítima.

Segundo José de Aguiar Dias:

Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pela qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.⁹⁰

Cabe mencionar ainda, o artigo 945 do Código Civil⁹¹ que dispõe da redução do valor da indenização, prevendo a culpa da vítima como pressuposto, conforme menciona "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

3.5.5 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito compreendido como um acontecimento imprevisível e inevitável, decorrente de eventos alheios à vontade das partes, enquanto a força maior decorre de eventos naturais, representam hipóteses de excludentes da responsabilidade.

O Código Civil,⁹² em seu artigo 393, trata de ambos sem distinção, contudo eles devem estar presentes para via de responsabilização. Já o Código de Defesa do Consumidor⁹³ não expressa como excludentes o caso fortuito e força maior em seu artigo 14, § 3º, além disso há discussões em se tratando de fortuito externo e interno, para caracterização da relação entre médico e paciente.

⁹⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994. p. 293.

⁹¹ BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

⁹² BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

⁹³ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

Conduto, a atividade do profissional liberal, e especificamente do médico, é pouco compatível com a lógica consumerista, uma vez que os riscos são inerentes e imprevisíveis em meio as reações do organismo de cada paciente.⁹⁴

A Maria Celina Bodin de Moraes e Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirmam:

Melhor, assim, considerar que o caso fortuito, via de regra, exclui a responsabilidade do médico, sem recorrer à distinção entre fortuito interno e externo, típica das relações de consumo, cuja lógica difere daquela que rege a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais.⁹⁵

Vale mencionar, que há controvérsias referente a esses fatos, várias definições por diversos doutrinadores, no entanto o que não se pode diferenciar é que ambos são fatos imprevisíveis e inesperados e estão fora dos limites da culpa.

Portanto, o caso fortuito e força maior ocorre quando não se está ao alcance nenhuma diligência, causando um fato diverso daquele esperado pelo devedor, ou seja, fato este não controlável pelo agente.⁹⁶

A imprevisibilidade e inevitabilidade são elementos importantes para caracterização do caso fortuito e força maior, aliados a ausência de culpa, desse modo desaparecido o nexo causal, não há responsabilidade.⁹⁷

3.5.6 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar trata-se da convenção da qual as partes excluem o dever de indenizar no caso de inadimplemento da obrigação. Relacionado ao princípio da autonomia da vontade, que é um dos princípios que norteia os contratos no ordenamento jurídico brasileiro.

⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 74.

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 76.

⁹⁶ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83.

⁹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 406.

Essa cláusula trata da exoneração do dever de reparar o dano, ou seja, tem a função de alterar o risco do contrato. Há distinção entre as possíveis cláusulas, sendo elas a cláusula de não indenizar e a cláusula de irresponsabilidade, que apresenta o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa:

Alguns autores distinguem a cláusula de não indenizar da cláusula de irresponsabilidade. A segunda exclui a responsabilidade, e a primeira, afasta apenas a indenização. Em princípio, somente a lei pode excluir a responsabilidade em determinadas situações. No campo negocial, melhor que se denomine o fenômeno de cláusula de não indenizar. Essa cláusula não suprime a responsabilidade, mas suprime a indenização.⁹⁸

A doutrina em alguns aspectos não admite essa cláusula no âmbito da relação médico-paciente, por considerar apenas a responsabilização do médico por erro grave, no entanto passou a ser insuficiente, e no que se refere a integridade psicofísica do paciente a cláusula de não indenizar é relevante.⁹⁹

O Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁰ em seu artigo 51, inciso I, não admite esse tipo de limitação a responsabilização indenizatória, sendo pessoa natural, o que é existente na relação do médico com o paciente pessoa física, não se admite nenhum tipo de cláusula que venha limitar ou restringir o dever de reparação por meio da indenização.

Portanto, através de certa influência doutrinária e até mesmo legislativa, essa cláusula é vista com certa antipatia pelo direito brasileiro, contudo se a cláusula foi livremente discutida e acordada pelas partes, a princípio se admite sua constatação em contrato.¹⁰¹

Considerando, os parâmetros em que se limita uma das excludentes da responsabilidade, sendo a cláusula de não indenizar, cabe ressaltar o entendimento do autor Sílvio de Salvo Venosa, onde entende que “a cláusula deve ser admitida,

⁹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 416.

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 77.

¹⁰⁰ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 416.

com restrições, como decorrência da autonomia da vontade negocial”. No entanto, “ainda que admitida, deve essa cláusula decorrer de contrato livremente negociado”.¹⁰²

Assim, exemplificado a provável responsabilidade civil do médico, caberá esclarecimentos acerca da forma do exercício da determinada responsabilização, e seus critérios embasados na lei, ou seja, havendo erro médico a culpa provada é um fator para proveniente obrigação de reparação do dano causado ao paciente.

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 416.

4 A CULPA PROVADA PARA RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO

O profissional médico presta um dos serviços mais importantes e fundamentais para a sociedade, sendo ele a restauração da vida ou da saúde, não sua cura, contudo estando obrigado a exercer todos os meios técnicos necessários para tanto, assim como todos os procedimentos médicos cabíveis, disposto de atenção e prudência, objetivando o melhor para o bem-estar do paciente. Considerando que sua obrigação é de meio, no entanto a busca pela vida deve ser sempre exercida com prioridade e sensatez.

No que tange a responsabilização do médico, esta deriva de provação, ou seja, a existência dos principais elementos causadores de um erro médico, sendo eles, imprudência, negligência ou imperícia, com base no que dispõe o artigo 951 do Código Civil, “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.¹⁰³

Dispõe ainda o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.¹⁰⁴

Daí a importância da produção dessa prova, para a responsabilização do profissional médico, em decorrência de um erro. Um erro médico as vezes notável, porém nem sempre certo ou apresentado no tamanho de sua gravidade.

A seguinte jurisprudência aborda a necessidade de produção de prova para comprovação de culpa, na necessidade de reparação:

AÇÃO CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E PENSÃO MENSAL. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CESÁREA. APLICAÇÃO DE ANESTESIA (RAQUIANESTESIA). ALEGADO ERRO MÉDICO. TRAUMA PÓS-RAQUIANESTESIA. SEQUELAS. PERÍCIA JUDICIAL QUE NÃO EVIDENCIOU FALHA NO ATENDIMENTO MÉDICO PRESTADO À AUTORA. ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

¹⁰³ BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

¹⁰⁴ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, OBSERVADA A GRATUIDADE DA JUSTIÇA DEFERIDA NA ORIGEM.

"O pedido indenizatório por responsabilidade civil decorrente de serviços médicos baseado em erro de diagnóstico ou de tratamento somente será aceito quando ficar evidentemente comprovado que o profissional da saúde laborou em equívoco, seja por imperícia ou negligência no atendimento; caso contrário, constatado que a intervenção médica, embora ostensivamente presente, não foi suficiente para conter o quadro patológico apresentado, não leva, por si só, à responsabilização" (AC n. 2011.049775-7, da Capital, rel. Des. Fernando Carioni, j. 30-8-2011).¹⁰⁵ (grifo nosso).

É visto que a exigência da prova para os diversos processos que correm no judiciário é fundamental, e na maioria das vezes necessária para efetivação de uma comprovação de direito. Há situações em que a jurisprudência estabeleceu a presunção de culpa, no entanto para algumas atividades a culpa deve ser provada, como é o caso dos profissionais liberais, que regem desse tratamento diferenciado, no que se refere a comprovação da culpa do mesmo para existência de reparação.

Essa diferenciação esta pautada nos fatores de materialização que podem afetar, até mesmo fatores externos, no que se refere ao esforço do paciente para o tratamento, no entanto, quando se considera o espaço de um hospital público, geralmente com uma demanda enorme, e com insuficiência de profissionais e materiais em alguns casos, este é um espaço que pode caracterizar diversos elementos para a dificuldade de realização de todos os meios suficientes para restauração da saúde de um paciente.

Por vezes o profissional médico exerce todos os procedimentos necessários para prestação de sua obrigação com zelo, no entanto, podem não ser suficientes, em decorrência do meio em que se encontra. Levando em consideração a prática de negligência ou imperícia do profissional médico nesse espaço, um tormento para as vítimas é gerado com relação a sua prova. Quando, mais fácil seria para o profissional apresentar elementos necessários para a análise de sua responsabilização.

Portanto, um importante elemento, se não o principal para responsabilização do médico é a verificação da culpa, no entanto a vítima encontra maiores dificuldades para apresentar indícios de uma possível modalidade de imprudência, negligência ou imperícia, considerando seu caráter hipossuficiente, não somente econômico, mas

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0300201-71.2015.8.24.0058. Rel. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-09-2020.

principalmente técnico, ou seja, não tem tamanho conhecimento para compreensão do erro médico.¹⁰⁶

Contudo, caberá ao juiz analisar com clareza a tipificação do erro médico, a relação de causalidade, ponderando a responsabilidade subjetiva do profissional, juntamente com o fato danoso para a efetiva obrigação de indenizar.

4.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Defesa do Consumidor,¹⁰⁷ disciplina no seu artigo 6º, inciso VIII, a possibilidade da inversão no ônus da prova, sendo o médico um prestador de serviços, entretanto pautado pela responsabilidade subjetiva.

É possível compreender a dificuldade para apresentação de provas para diversas esferas judiciais, no entanto, com relação a responsabilização médica, Sergio Cavalieri Filho diz que:

A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico.¹⁰⁸

É importante considerar que o juiz não tem conhecimento científico suficiente para apreciações técnicas sobre questões médicas, apesar de não ser sua obrigação a apresentação da cura do doente na decisão, mas verificar se o profissional observou as técnicas necessárias e se as utilizou, ou seja, o juiz estabelece e expõe esses cuidados necessários que o médico deve exercer para com o paciente.¹⁰⁹

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 286.

¹⁰⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁰⁸ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 412.

¹⁰⁹ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 412.

Não observadas as técnicas, agirá com culpa e por meio das provas o juiz poderá identificar as ilegalidades para aplicação de reparação. Contudo, devida a uma complexidade técnica para a prova da culpa, o juiz pode inverter o ônus em favor do paciente, conforme a jurisprudência seguinte:

CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IMPUGNAÇÃO, EM SEDE DE CONTRARRAZÕES, DA JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA À AUTORA. VIA ELEITA INADEQUADA. MATÉRIA NÃO CONHECIDA. APELO DA AUTORA. PACIENTE QUE BUSCOU O MÉDICO RÉU COM A FINALIDADE DE REALIZAR INTERVENÇÃO CIRÚRGICA ESTÉTICA (LIPOABDOMINOPLASTIA COM ENXERTO E MASTOPEXIA COM PRÓTESE MAMÁRIA). INSATISFAÇÃO APÓS O PROCEDIMENTO QUE LEVOU A AUTORA A RETORNAR AO CONSULTÓRIO MÉDICO EM OUTRAS 3 (TRÊS) OCASIÕES, NAS QUAIS FORAM REALIZADOS RETOQUES. PERÍCIA MÉDICA EFETUADA EM JUÍZO QUE CONSTATOU ALTERAÇÃO INESTÉTICA NO MAMILO ESQUERDO, O QUAL APRESENTA ACHATAMENTO COMPLETO EM SUA PROJEÇÃO. VERIFICADA AINDA A OCORRÊNCIA DE ASSIMETRIA ENTRE AS ARÉOLAS. AFIRMAÇÃO DE QUE O ESPECIALISTA OBSERVOU OS CUIDADOS NECESSÁRIOS PARA A CIRURGIA DAS MAMAS QUE NÃO É CAPAZ DE, PER SE, AFASTAR A RESPONSABILIZAÇÃO DO PROFISSIONAL. OBRIGAÇÃO ASSUMIDA DE RESULTADO. **NECESSIDADE DE COMPROVAR A INCIDÊNCIA DE ALGUMA DAS CAUSAS EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE, SEM ÊXITO NA HIPÓTESE. ÔNUS QUE INCUMBIA AO RÉU, POR FORÇA DO ART. 373, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ADEMAIS, DIREITO À INFORMAÇÃO QUE NÃO FOI DEVIDAMENTE CUMPRIDO PELO MÉDICO. TERMOS DE RESPONSABILIDADE E DE CONSENTIMENTO QUE, EMBORA ASSINADOS PELA PACIENTE, REVELAM-SE GENÉRICOS E NÃO FORAM DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. CABÍVEL, TAMBÉM, A APLICAÇÃO DO ART. 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO CASO CONCRETO.** INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANO MATERIAL. DEVIDO O REEMBOLSO PARCIAL PELA CIRURGIA, TENDO EM VISTA QUE O LAUDO RELEGOU O INSUCESSO DO PROCEDIMENTO ESTÉTICO ESPECIFICAMENTE À ASSIMETRIA DAS ARÉOLAS E AO ACHATAMENTO DO MAMILO ESQUERDO. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAR O VALOR DO SERVIÇO COM EXATIDÃO. QUANTIA PAGA NÃO DISCRIMINADA NA NOTA FISCAL COLACIONADA PELA AUTORA. INTERVENÇÃO QUE, DENTRE OUTRAS QUESTÕES, ENVOLVE PRÓTESES MAMÁRIAS E LIPOABDOMINOPLASTIA COM ENXERTO, QUE NÃO FOI OBJETO DO PRESENTE RECURSO. AUSÊNCIA DE PROVA CONTUNDENTE A RESPEITO DAS DORES RELATADAS NA MAMA ESQUERDA. MAZELA QUE PODE TER ORIGEM EM DIVERSOS FATORES. APRECIÇÃO DA QUANTIA POSTERGADA PARA ULTERIOR FASE PROCESSUAL. CUSTOS COM AS INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS DE RETOQUE, CONTUDO, DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. CONDENÇÃO DO RÉU AO RESSARCIMENTO DE TAL QUANTIA, EQUIVALENTE A R\$ 1.850,00 (MIL, OITOCENTOS E CINQUENTA REAIS). INCONTESTÁVEL OCORRÊNCIA DE ABALO MORAL E ESTÉTICO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DESSAS ESPÉCIES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PESSOAIS. EXEGESE DA SÚMULA N. 387 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SEQUELAS VISÍVEIS A OLHO NU. EXPECTATIVA FRUSTRADA COM O RESULTADO CONTRÁRIO ÀQUELE ESPERADO. DESGASTE COM A REALIZAÇÃO DE DIVERSOS RETOQUES. REGIÃO ALTAMENTE ATRELADA À AUTOESTIMA DA

MULHER. QUANTUM. ABALO QUE, APESAR DE GRAVE, PODE SER REVERTIDO. QUANTIA DE R\$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS) QUE SE DENOTA PLAUSÍVEL ANTE O OBJETIVO DE AMENIZAR A ANGÚSTIA E O CONSTRANGIMENTO PELA LESÃO SOFRIDA. CASO ANÁLOGO DESTA CORTE CATARINENSE QUE ADOTOU O MESMO PATAMAR. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

"Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico" (STJ, REsp N. 985.888/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 16.02.2012).¹¹⁰ (grifo nosso).

Portanto, o profissional médico, embora exerça uma obrigação de meio e sua responsabilidade é subjetiva, o Código consumerista rege disposições para estes, sendo assim, estão subordinados aos princípios e regras deste Código, apenas os exclui da responsabilidade objetiva, mas garante aplicações que se enquadram, sendo uma delas a inversão do ônus da prova.¹¹¹

4.2 O ERRO MÉDICO

O erro médico, primeiramente, é geralmente mediante culpa, ou seja, uma conduta médica imprópria, dentre esses erros pode haver erros grosseiros e erros escusáveis.

Genival Veloso França, exemplifica:

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.¹¹²

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0300806-20.2016.8.24.0078. Rel. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 23-02-2021.

¹¹¹ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 417.

¹¹² FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 271.

Conforme exposto, o erro médico é abrangente, sendo ele proveniente de diversos fatores, imprevisíveis ou incontroláveis, ocorre que por ser o erro vindo do profissional médico a performance dramática será muito maior do que qualquer outro erro profissional, pois este lida com a vida humana.

Nesse aspecto, percebe-se o quão considerável é a conduta do profissional na medicina, contudo, a falta de preparação técnica não é perceptível, além do mais, o ambiente de trabalho principalmente público é caótico, o que permite uma maior motivação de falhas.

Considerando a responsabilização mediante ao erro médico, Genival Velosa França, diz:

O erro médico, no campo da responsabilidade, pode ser de ordem *pessoal* ou de ordem *estrutural*. É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória.¹¹³

Desse modo, compreende-se a necessidade de considerar como obrigação de meio o profissional médico, uma vez que se encontra num campo arriscado, mas muito essencial, no entanto, o mesmo deve agir com diligência e adequadamente, buscando aplicar todos os conhecimentos para um êxito favorável.

4.2.1 Erro ou culpa no diagnóstico

O erro de diagnóstico consiste na análise de uma doença e suas causas, identificando ao paciente sua patologia, ou seja, o profissional médico após exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada, além de outros que a tecnologia permite utilizar-se, consegue tipificar ao paciente, o grau de risco da doença, suas características e circunstâncias.¹¹⁴

¹¹³ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 271.

¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 290.

Em se tratando da responsabilidade decorrente do erro de diagnóstico, Carlos Roberto Gonçalves entende que, desde que escusável o erro não gera responsabilidade,¹¹⁵ uma vez que a ciência médica e o espaço em que se encontra determinados pacientes, a falha possa ser inevitável, considerando que muitos hospitais não possuem aparelhos de raio x, ou outros instrumentos que são necessários para identificação de certas doenças, ou se encontram com defeitos e inutilizáveis.

Vejamos o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. SUSCITADA AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE NO APELO. INOCORRÊNCIA. RAZÕES RECURSAIS QUE COMBATEM A FUNDAMENTAÇÃO LANÇADA NA SENTENÇA. CONHECIMENTO DO RECLAMO QUE SE IMPÕE. RECURSO DOS AUTORES. **SUSTENTADA OCORRÊNCIA DE ERRO DE DIAGNÓSTICO E NEGLIGÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR A RESPEITO DA INVESTIGAÇÃO DO QUADRO DE DOR ABDOMINAL RELATADO PELA AUTORA.** POSTERIOR DIAGNÓSTICO DE APENDICITE SUPURADA CONSTATADO EM CIRURGIA DE CESÁRIA REALIZADA DOIS DIAS APÓS A INTERNAÇÃO. FETO QUE NASCEU PREMATURO, COM SEPSE NEONATAL É EVOLUIU PARA ENTEROCOLITE NECROTIZANTE, LEVANDO-O A ÓBITO. GENITORA QUE SE ENCONTRAVA NO OITAVO MÊS DE GESTAÇÃO E APRESENTAVA CONTRAÇÕES UTERINAS QUANDO DA INTERNAÇÃO, SEM APRESENTAR FEBRE OU QUEDA DO ESTADO GERAL. **SINTOMAS QUE PODEM SER CONFUNDIDOS COM OS DA GESTAÇÃO, DIFICULTANDO O DIAGNÓSTICO.** ATIVIDADE MÉDICA QUE CONSTITUI OBRIGAÇÃO DE MEIO. ACERVO PROBATÓRIO, EM ESPECIAL A PROVA TÉCNICA, QUE NÃO EVIDENCIAM ERRO CULPÁVEL DO MÉDICO. AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A DEMORA NO DIAGNÓSTICO COM O QUADRO DE SEPSE NEONATAL. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. FALHA NOS SERVIÇOS PRESTADOS PELAS ENTIDADES HOSPITALARES DEMANDADAS INDEMONSTRADO. PROVA PERICIAL QUE CHANCELOU OS PROCEDIMENTOS ADOTADOS. SENTENÇA MANTIDA.

"Alguns, principalmente os leigos em medicina, veem no erro de diagnóstico uma evidência de culpa do médico, associando-o a um sinal de imperícia, o que, na maioria das vezes, não acontece. O diagnóstico, em várias situações, é, apenas, uma hipótese dentro do estágio atual da medicina. A ciência médica não é uma ciência exata. Em muitas circunstâncias os sintomas são confusos. As decisões tomadas pelo profissional baseiam-se em probabilidades. Por isso, o erro de diagnóstico é, em princípio, escusável ou, dito de outra forma, nos casos controvertidos, o erro na identificação da patologia do doente não deve ser tipificado como resultante de imperícia, imprudência ou negligência" (NERY JÚNIOR, Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade Nery. Direito fundamental à saúde. Coleção Doutrinas Essenciais). Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 872).

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil.** São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 290.

ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.¹¹⁶ (grifo nosso).

Contudo, o diagnóstico médico é importante e essencial para a saúde e vida humana, responsável por prescrever medicamentos necessários, assim como restrições físicas, determinando a condição de se manter hospitalizado ou não. Portanto em torno do diagnóstico se sustentam diversas funções médicas.¹¹⁷

É válida a menção do entendimento doutrinário no que tange a responsabilização, uma vez que o erro de diagnóstico, exceto se acarretado erro grosseiro, não ensejaria responsabilidade, diante da dificuldade de identificar se o erro decorreu de culpa médica ou de uma consequência natural da medicina. Desse modo entendeu-se que apenas erros grosseiros e identificáveis pelo juiz, caracteriza obrigação de reparação.¹¹⁸

Conforme apresenta Maria Celina Bodin de Moraes:

A noção de culpa como descumprimento a determinados padrões de conduta permite a reformulação dessa concepção. O erro de diagnóstico ocasionará dano injusto, passível de indenização, quando advier do descumprimento de certos procedimentos fundamentais, indicadores da diligência do profissional, tais como a anamnese minuciosa, o pedido dos exames de praxe para cada quadro clínico, a elaboração e manutenção do histórico médico do paciente, dentre outras medidas que possibilitem a acuidade do diagnóstico. Cumpridos tais procedimentos, ou, em outras palavras, afastada a hipótese de conduta culposa do médico, eventual erro já não poderá ser atribuído à sua esfera de responsabilidade.¹¹⁹

Entretanto, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, afirma:

Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0002213-77.2013.8.24.0034. Rel. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 22-04-2021.

¹¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 54.

¹¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 54.

¹¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 55.

verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso.¹²⁰

Desse modo, portanto, uma vez que a vida humana está em risco, o critério é realizar as necessárias técnicas e procedimentos para sua segurança e estabilidade física, não levando em consideração a gravidade do erro, mas se o profissional médico respeitou as condições do paciente e utilizou dos recursos que estava a sua disposição.¹²¹

Pois o erro médico, sendo erro de diagnóstico, erro cirúrgico, dentre outros, motiva uma frustração ao paciente e um impacto emocional evidente, o que faz com que o judiciário se encarregue de decidir diversas aplicações de indenização por danos morais.¹²²

4.2.2 Erro cirúrgico

Com a evolução da medicina, as cirurgias passaram a ser frequentes, e realizadas em órgãos importantíssimos para o funcionamento do corpo humano, no entanto é uma atividade desenvolvida pelo profissional médico que por ser de risco e complexa, pode resultar em uma falha.

Situações como, esquecimento de corpo estranho dentro da cavidade abdominal, perfuração de órgãos, cirurgia em parte ou lado do corpo errado, por mais raro que pareça ser, acontecem, e causam angustia no paciente ou até mesmo sua morte.

No entanto, o autor Genival Veloso França entende que:

O simples fato de haver esquecimento de um corpo estranho num ato operatório por si só não constitui, moral ou penalmente, um fato imputável, a menos que essas situações se repitam em relação a um determinado

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021. p. 290.

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 55.

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 60.

profissional, o que, por certo, viria configurar-se numa negligência médica. Os mais hábeis e experimentados cirurgiões não se furtam de reconhecer a probabilidade desses acidentes e a estatística demonstra que todos aqueles que se dedicam a essa espinhosa e tumultuada atividade, e mais constantemente os profissionais de longa vivência, incorrem em tais acidentes, embora esporadicamente. Não é exagero afirmar-se que dificilmente um bom cirurgião escapou desse dissabor.¹²³

Ou seja, aparenta ser uma ocorrência quase que normal na vida profissional médica, levando em consideração alguns fatores como, ambiente de trabalho precário, falta de preparação técnica e instrumental, ou até mesmo uma equipe despreparada, o que permite com maior frequência acidentes como esses.

Todavia, acontecimentos como esses tem diminuído em lugares que se preza pela vigilância, equipe médica preparada e melhor sistematização, desse modo a doutrina entende como injusto punir todos os profissionais, por determinadas situações isoladas, exemplifica ainda, que a responsabilidade somente sobre o médico seria injusta, uma vez que ele trabalha com uma equipe médica de residentes e enfermeiros, dos quais não tem o direito de escolher.¹²⁴

Em referência à responsabilidade civil esta objetiva a reparação do dano, onde caracterizando o crime por erro cirúrgico, importante é apresentar os elementos essenciais da culpa, entretanto afirma o autor Genival Veloso França:

Dessa forma, alguém ser operado do joelho esquerdo em vez do direito ou se submeter a uma histerectomia e ter seu apêndice extirpado são situações que dificilmente têm uma justificativa de ausência de culpa por tal resultado tão devastador; sendo a cirurgia do lado errado muito mais grave no que diz respeito ao seu resultado lesivo.¹²⁵

Entende-se que, os atos médicos cometidos sempre ensejam culpa, e o paciente necessitado de reparação, precisa provar a existência de negligência, o que em algumas situações a impossibilidade do paciente é inevitável, ou seja, na maioria das vezes não tem o viés econômico e nem conhecimento técnico para compreender a falha médica, onde a dificuldade para comprovação da culpa mediante provas é fato.

¹²³ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 275.

¹²⁴ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 276.

¹²⁵ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 278.

4.3 O MÉDICO DIANTE DA ALEGAÇÃO DE ERRO

O judiciário brasileiro recebe diversos processos contra profissionais médicos, devido a erros no exercício da atividade profissional. Leva-se em conta que a medicina assim como outras profissões trabalham pressionadas, porém, por mais perfeita que seja a atuação, falhas podem surgir pelo caminho.

O importante é que se estabeleça, independente da prática desenvolvida, uma boa relação entre as partes, ou seja, cabe ao profissional seguir os princípios básicos para se alcançar essa virtude. Por exemplo, um dos principais critérios na área da saúde, é que o médico esclareça todo o quadro clínico do paciente, informando riscos, benefícios, condições, e principalmente de forma clara e compreensível, e então uma confiança para a ser desenvolvida, o que minimiza diversos conflitos.¹²⁶

Cabe ressaltar, o que diz Genival Veloso França:

Há dois fatos que não podem passar despercebidos numa discussão como essa: primeiro, nem todo mau resultado é sinônimo de erro médico; segundo, não se deve omitir que a má prática médica exista e que os pacientes deixem de ser justamente reparados.¹²⁷

Contudo, o erro médico existe, e os pacientes não podem mais serem vítimas, dessas más práticas, má preparação, ambientes desproporcionais para a atuação médica, e de condutas negligentes e imprudentes.¹²⁸

Sendo assim, os médicos devem se orientar frequentemente, incentivando a sociedade a perceber que não é somente a saúde que está em suas mãos, mas que

¹²⁶ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 307.

¹²⁷ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 306.

¹²⁸ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 308.

há uma luta pela melhoria das condições de vida, entre as possibilidades da ciência e o bem-estar real.¹²⁹

O autor Genival Veloso França, aborda em sua obra uma inovação exercida nos países desenvolvidos, que tem diminuído de uma forma significativa as ações judiciais de indenização, sendo ela, “o incentivo às equipes de saúde assumirem as falhas que motivaram determinado dano”.¹³⁰

Porém quando se coloca em risco a reputação, a tendência é esconder os erros, entendendo que uma compensação financeira ao paciente é suficiente, e então volta-se ao princípio da existência da culpa, onde a admissão de negligência e imprudência é encoberta.¹³¹

4.4 OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO CAUSADO AO PACIENTE

A responsabilidade civil implica ao agente a obrigação de reparação do dano por meio de ação indenizatória, em relação ao profissional médico incumbe algumas particularidades.

Humberto Theodoro Júnior explica:

Para o direito civil, a culpa é sempre a omissão de uma cautela que o agente necessariamente deveria observar. E porque a conduta não observou a cautela exigível, tornou-se “censurável” ou “reprovável”, devendo o agente responder pela reparação do prejuízo que adveio para a vítima do ato injurídico praticado.¹³²

Em se tratando da prestação de serviços médicos, cabe observar o artigo 951 do Código Civil, “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por

¹²⁹ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 308.

¹³⁰ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 308.

¹³¹ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021. p. 308.

¹³² JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**. 8ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 06 mai. 2021. p. 78.

negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.¹³³ Segundo Humberto, não basta o ofendido demonstrar apenas a lesão que lhe foi causada pelo médico, mas sim a culpa *in concreto*, para aplicação de uma responsabilidade indenizatória.¹³⁴

Conforme é entendido pela jurisprudência:

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALECIMENTO DO FILHO DOS AUTORES, POR ADUZIDO ERRO MÉDICO NO DIAGNÓSTICO DE MENINGITE BACTERIANA. VEREDICTO DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DOS DEMANDANTES. ROGO PARA RECONHECIMENTO DA CULPA DO MÉDICO REQUERIDO, SOB O ARGUMENTO DE QUE ELE DEIXOU DE REALIZAR EXAME DE PUNÇÃO LOMBAR, NECESSÁRIO PARA IDENTIFICAÇÃO DA MOLÉSTIA. TESE INSUBSISTENTE. ACERVO PROBATÓRIO DEMONSTRANDO QUE O PACIENTE COMPARECEU PELA SEGUNDA VEZ NO NOSOCÔMIO PÚBLICO, 9 DIAS DEPOIS DOS PRIMEIROS SINTOMAS. SINAIS CLÍNICOS DE CEFALÉIA E NUCALGIA, INSUFICIENTES PARA JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO INVASIVA, QUE É O EXAME DE PUNÇÃO LOMBAR. QUADRO INICIALMENTE NÃO COMPATÍVEL COM MENINGITE. RÁPIDA EVOLUÇÃO DA DOENÇA E AGRAVAMENTO DOS SINTOMAS QUE MOTIVARAM A REALIZAÇÃO DE EXAMES LABORATORIAIS POR NOSOCÔMIO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O DANO E A CONDOTA ADOTADA PELO GALENO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.¹³⁵ (grifo nosso).

Cabe mencionar, a exemplificação de uma prestação de serviço por um engenheiro, este se compromete a construir um prédio sólido e seguro, e havendo defeito a culpa já está evidenciada, uma vez que o engenheiro não cumpriu com sua obrigação. Já em consideração ao médico, este não se obriga a curar o paciente, apenas a se empenhar com todo zelo e preparo.¹³⁶

Desse modo, o paciente que requer indenização por erro médico, terá que provar o desvio deste, das suas condutas técnicas na prestação da atividade médica,

¹³³ BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

¹³⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**. 8ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 06 mai. 2021. p. 79.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0019702-38.2001.8.24.0038. Rel. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 27-04-2021.

¹³⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**. 8ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 06 mai. 2021. p. 79.

ou seja, a culpa médica só será configurada quando o médico não agiu com os padrões determinados.¹³⁷

Portanto, “Como esse desvio é uma situação anormal dentro do relacionamento contratual não há como presumi-lo. Cumprirá ao autor da ação prová-lo adequadamente”.¹³⁸ Segundo, o Código de Processo Civil, artigo 373, inciso I, “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”.¹³⁹

Salvo, contratos médicos de resultado, onde incumbirá ao réu o ônus de provar que os danos decorreram de fatores externos, nas obrigações de meio não desobriga ao autor comprovar a conduta culposa do médico para ter seu dano reparado. Entretanto observado que o paciente é mais vulnerável nesse meio probatório, o ideal é exigir a prova pericial, não que esta será conclusiva mas provem de um conhecimento técnico mais específico e complexo do que somente o depoimento da vítima.¹⁴⁰

¹³⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**. 8ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 06 mai. 2021. p. 79.

¹³⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**. 8ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 06 mai. 2021. p. 79.

¹³⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

¹⁴⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**. 8ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 06 mai. 2021. p. 80.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Trabalho de Curso é objeto de estudo da “Responsabilidade civil por erro médico e a culpa provada”.

O tema proposto justifica-se pela necessidade de esclarecimentos acerca de más práticas profissionais, assim como ambientes hospitalares caóticos e outros diversos fatores que podem concorrer para surgimento de erros médicos, desse modo, objetivou-se a exemplificação da responsabilidade civil perante o médico.

Verifica-se que atualmente o judiciário tem ampla demanda decorrente de ações indenizatórias, ou seja, com maior frequência a vítima vai em busca da reparação pelos seus danos para que veja preservados os seus direitos. Todavia, a responsabilidade civil está pautada nos Códigos brasileiros, sendo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e outras Leis que à asseguram, dando maior amplitude para segurança da vítima, uma vez que detém de certa vulnerabilidade.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral investigar a responsabilidade civil diante do erro médico e a dificuldade de comprovação da culpa devido a vulnerabilidade do paciente, uma vez, que este se submete, na maioria das vezes, a determinadas situações sem ter ciência do procedimento adequado ou necessário para restauração de sua saúde.

Daí, verifica-se a importância da boa relação entre médico-paciente, uma vez que esta pode evitar conflitos, pois dificilmente o paciente verá o médico como um causador quando por este tem considerada admiração e confiança. Assim como é fundamental e necessário manter o paciente totalmente informado de suas condições de saúde, como riscos, probabilidades e consequências que podem surgir após determinado tratamento.

O objetivo inicial era analisar a responsabilidade civil, como ela se deu e evoluiu, como era realizada a forma de punibilidade na antiguidade uma vez que não havia legisladores. Observando que sua aplicação era brutal e cruel, ou seja, a famosa justiça pelas próprias mãos. Também se tratou, da sua ingressão no direito brasileiro, e no Código de Defesa do Consumidor, objetivando elucidar a diferenciação entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

O segundo objetivo foi discutir a responsabilidade civil do médico, que foi explorada através do viés da prestação do serviço, e conseqüentemente a sua obrigação. Demonstrando as principais vias da falha médica, sendo elas, negligência,

imprudência e imperícia, alcançando os critérios que são examinados e necessários para possível responsabilização, ou seja, o médico dentro do grupo dos profissionais liberais tem um diferenciado tratamento, uma vez que desempenha uma grande função na sociedade, porém não é obrigado a curar o paciente acometido de doença, acidente, etc. Sendo sua obrigação de meio, no entanto é obrigado a atuar e utilizar de todas as normas e técnicas dessa profissão tão destacada.

Já, no terceiro objetivo se buscou demonstrar a necessidade de verificação da culpa para responsabilização do médico, ou seja, para que este seja obrigado a reparar o dano causado ao paciente, não é suficiente que se apresente a falha, mas sim que comprove por meio das vias de má prática profissional, que o médico foi realmente o causador do dano. Desse modo, percebe-se que há certa dificuldade para o paciente encontrar a prova, devido a diversos fatores que acompanham o profissional e podem ter concorrido para o ato, no entanto a vítima é vulnerável e hipossuficiente financeiramente na maioria das vezes, e de conhecimento, não se encontrando meios para arguir determinadas provas.

A pesquisa partiu da hipótese de que pode o médico ser responsabilizado civilmente diante da existência de negligência, imprudência ou imperícia. No entanto, diante da legislação atual e pertinente, a probabilidade de responsabilizar o médico diante de uma obrigação de meio é pequena. Na constância do trabalho verificou-se por meio da doutrina e jurisprudência que pode haver a inversão do ônus probatório, partindo o profissional de meios para desqualificar sua responsabilidade, o que por sinal se entende ser mais fácil, devido à dificuldade que o paciente tem nesse parâmetro, conforme já mencionado.

Diante disso, verifica-se que o problema, qual seja, a necessidade da culpa provada para responsabilização do profissional médico. No entanto, caberá ao paciente utilizar-se de meios que possibilitem uma maior análise do caso concreto em meio ao dano, ou seja, a perícia e demais meios de prova em direito admitidas. E então o juiz se encarregará de analisar e postular a decisão cabível para resolução do conflito.

Para a confecção do Trabalho foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, valendo-se de livros para a produção textual.

Considerando, portanto, que a vida é o bem jurídico mais importante, haverá discussões diversas acerca das particularidades de um caso concreto, diante da responsabilidade civil por erro médico, pois este por exemplo, por mais profissional

que seja, é um ser humano e está sujeito a falhas imprevisíveis. Assim como o paciente, é pessoa vulnerável e pode ser vítima de acontecimentos frustrantes e constrangedores, desse modo, compreende-se que só a própria realidade é capaz de criar certos fatos, ações, problemas, curas, superações para desenvolvimento da correta e segura conduta humana e profissional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. **Código Civil**. 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: 17 mar. 2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0002213-77.2013.8.24.0034. Rel. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 22-04-2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0300201-71.2015.8.24.0058. Rel. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-09-2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0019702-38.2001.8.24.0038. Rel. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 27-04-2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0300806-20.2016.8.24.0078. Rel. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 23-02-2021.

CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro — Responsabilidade Civil**, 34. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2019. 9788530988937. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019. 9788553615957. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**. 8ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 06 mai. 2021.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil**, v. 5. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2016. 9788530972394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2021. 9788597026696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 mar. 2021.