



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS

THE CIVIL LIABILITY OF THE DOCTOR: FUNDAMENTALS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO: FUNDAMENTOS

Ariovânia Morilha Silveira Sano¹, Vinicius Nunes Abbud²

e453196

<https://doi.org/10.47820/recima21.v4i5.3196>

PUBLICADO: 05/2023

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar de forma crítica os fundamentos da responsabilidade civil do profissional médico. Atualmente, tem sido possível acompanhar a evolução dos casos de erro médico levados ao Judiciário, o que traduz consciência do cidadão sobre a violação de seus direitos, bem como descortina aparente aumento de eventos relacionados à conduta médica com resultado danoso não esperado. Nesse propósito, inicialmente expõe-se um panorama atual do incremento dos casos de erro médico levados ao Judiciário no Brasil para, em seguida, após breve análise histórica, abordar elementos integrantes da responsabilidade civil do profissional médico. O artigo pretende superar distinções estritamente teóricas para explorar questões com relevância prática relacionadas à responsabilidade civil subjetiva do médico. Assim, propõe-se revisão das práticas médicas atuais, atraindo-se padrões de transparência – *compliance* – e compreensão da responsabilidade com a presunção de culpa do médico em proceder desidioso.

PALAVRAS-CHAVE: Erro médico. Responsabilidade civil do médico. Culpa presumida. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The objective of this article is to present in a critical way the fundamentals of the civil liability of the medical professional. Currently, it has been possible to follow the evolution of cases of medical error brought to the Judiciary, which translates citizens' awareness about the violation of their rights, as well as unveiling an apparent increase in events related to medical conduct with unexpected harmful results. In this purpose, it initially presents a current panorama of the increase in cases of medical error brought to the Judiciary in Brazil, and then, after a brief historical analysis, addresses elements that are part of the civil liability of the medical professional. The article aims to overcome strictly theoretical distinctions to explore issues with practical relevance related to the subjective civil liability of the physician. Thus, it is proposed to review current medical practices, attracting standards of transparency – compliance – and understanding of responsibility with the presumption of guilt of the physician in proceeding dismissively.

KEYWORDS: Medical error. Civil liability of the doctor. Presumed guilt. Legal certainty.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es presentar de manera crítica los fundamentos de la responsabilidad civil del profesional médico. Actualmente, ha sido posible seguir la evolución de los casos de error médico llevados al Poder Judicial, lo que traduce la conciencia de los ciudadanos sobre la violación de sus derechos, así como revelar un aparente aumento de eventos relacionados con conductas médicas con resultados nocivos inesperados. Con este propósito, inicialmente presenta un panorama actual del aumento de casos de error médico llevados al Poder Judicial en Brasil, y luego, después de un breve análisis histórico, aborda elementos que forman parte de la responsabilidad civil del profesional médico. El artículo tiene como objetivo superar las distinciones estrictamente teóricas para explorar

¹ Advogada. Mestranda do Programa de Direito Médico da Universidade Santo Amaro (UNISA). Especialista em Direito Médico e da Saúde. Professora. Presidente da Comissão de Direito Médico e Saúde e Vice-presidente da Comissão de Defesa dos Direitos dos Autistas, ambas da OAB/SP Subseção Jabaquara/Saúde.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional e Direito Civil Patrimonial pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestrando em Direito Médico na Universidade Santo Amaro (UNISA).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

questões com relevância prática relacionadas com a responsabilidade civil subjetiva do médico. Por lo tanto, se propone revisar las prácticas médicas actuales, atrayendo estándares de transparencia – cumplimiento – y comprensión de la responsabilidad con la presunción de culpabilidad del médico al proceder despectivamente.

PALABRAS CLAVE: *Error médico. Responsabilidad civil del médico. Presunta culpabilidad. Seguridad jurídica.*

INTRODUÇÃO

Atualmente, é de suma importância o conhecimento e o debate acerca do tema proposto, uma vez que o ato médico malsucedido repercute não apenas na vida do paciente, mas em toda a sociedade que anseia pela boa prática da medicina e por profissionais de saúde com capacidade e perícia suficientes à proteção e cuidado da saúde humana.

No Brasil, tem se revelado preocupante a quantidade de erros médicos relatados e apreciados seja na seara administrativa, seja no judiciário.

O crescimento de erros perpetrados por médicos causa assombro e receio em toda a sociedade que, eventualmente, estará suscetível ao dano, uma vez que em dado momento poderá ser vítima de uma conduta imprudente, imperita ou negligente do médico.

Segundo os artigos “Processos contra médicos: a judicialização da saúde no Brasil” e “Judicialização da saúde: ações por ‘erro médico’ aumentam 1600%”, publicados nos sites Amplimed e Tribuna de Cianorte, respectivamente, o Conselho Nacional de Justiça apontou que entre os anos de 2005 e 2015 o número de processos judiciais aumentaram em 1600%.

Ainda, segundo o Conselho Nacional de Justiça na pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”, entre 2008 e 2017 o número de demandas judiciais relacionadas à saúde registrou um novo aumento de 130%.

Nesse sentido, o aumento de demandas relativas à saúde é constantemente crescente, uma vez que no transcorrer do tempo as ações se multiplicam, ausente qualquer perspectiva de mudança.

Conforme o artigo “Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros”, publicado no site da BBC, em 2017 os fatos relacionados a erro médico somaram um montante de setenta novas ações por dia no Brasil – ou três ações por hora.

Ainda, conforme informações do artigo citado, os dados do Conselho Nacional de Justiça apontaram que no ano de 2017 os processos sobre o assunto chegaram a pelo menos vinte e seis mil casos.

O cenário em tela demonstra a evidente necessidade de discussão sobre o tema, porquanto a sociedade tem recorrido ao judiciário para a resolução de seus litígios ocasionados, por muitas vezes, pela conduta do médico.

Atualmente, a ciência e a compreensão da sociedade acerca de seus direitos, bem como da legislação vigente e, ainda, a transparência do judiciário, são circunstâncias que favorece o ajuizamento de ações.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

Ainda, vale ressaltar que a importância do tema se justifica em razão das graves consequências ocasionadas pelo erro médico.

Segundo o artigo “Erro médico – Uma triste realidade”, publicado no site Migalhas, um estudo apresentado no Seminário Internacional sobre Indicadores de Qualidade e Segurança do Paciente na Prestação de Serviços na Saúde, realizado em São Paulo, no ano de 2017, constatou que a cada três minutos aproximadamente dois brasileiros morrem em um hospital em decorrência de um erro médico.

Além disso, segundo o artigo, a pesquisa realizada pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS) estimou que no ano de 2015 os erros ocasionaram aproximadamente quatrocentos e trinta e quatro mil óbitos, que equivale a cerca de um mil mortes por dia.

Dessa forma, é evidente a importância do tema dada as graves consequências do erro médico.

Cumpra salientar que o número de mortes constitui situação alarmante a toda sociedade que necessita de tratamento médico, uma vez que ao buscar atendimento visando melhora na saúde, o paciente encontra-se vulnerável às consequências do ato médico malsucedido, podendo ser vítima de uma piora em seu estado de saúde ou mesmo de óbito ocasionado pela conduta do médico, conforme números apontados no estudo acima mencionado. Tal circunstância evidencia a preocupação social e a necessidade de conhecimento legal acerca do tema e das possibilidades jurídicas sobre a responsabilização do médico.

Assim, para a abordagem da matéria, foi analisado um breve histórico da responsabilidade civil por erro médico, bem como realizadas considerações sobre a natureza da responsabilidade e da obrigação assumida pelo profissional médico.

Ainda, foram estudados os elementos da responsabilidade civil subjetiva sobre o tema, ou seja, a culpa médica e suas modalidades imperícia, imprudência e negligência, o nexo de causalidade e o dano médico.

CONCEITO DE ERRO MÉDICO

O desafio de se definir o conceito de erro médico não é mais importante do que a necessidade de se delimitá-lo. O presente artigo não pretende, de modo algum, esgotar ou encerrar um conceito estanque de erro médico, mas delimitá-lo para o fim de melhor se entender o que está ao alcance dos institutos jurídicos e precedentes aqui desenvolvidos.

Assentada essa premissa, o erro médico constitui a conduta do profissional médico que, no desempenho da atividade, causa dano ao paciente em razão de conduta (omissiva ou comissiva) negligente, imprudente ou imperita.

A constatação do erro médico pode acarretar, no plano jurídico, sanções civis e penais. Na seara civil, objeto deste trabalho, a consequência do erro médico comprovado é a reparabilidade do dano.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

No entanto, a prova do erro médico tem sido o maior desafio para os operadores jurídicos e auxiliares da justiça. A mera suposição ou alegação do erro médico não opera efeitos jurídicos; impõe-se, para a delimitação da responsabilidade civil, um processo que tenha em seu bojo a comprovação da conduta culposa, do dano e do nexo de causalidade.

O presente artigo pretende demonstrar, a partir do conceito sobredito, que há um descompasso entre a existência do erro médico e a responsabilidade daquele profissional com agir comprovadamente desidioso.

BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

A existência do erro médico acompanha a origem do próprio homem, especialmente nas relações sociais. Ocorre que nem sempre o médico foi considerado uma profissão, bem como nem sempre houve – ao menos conhecido - o regramento jurídico acerca da conduta errônea do médico. Conforme bem ressaltado por Miguel Kfoury Neto, a primeira evidência a contemplar o exercício da medicina e o erro médico deita raízes no Código de Hamurabi (1790-1770 a.C), em cujo bojo punia-se o médico com penas corporais nos casos de morte ou lesão ao paciente em razão de má prática (KFOURI NETO, 2013, p. 66-74).

Na esteira de desenvolvimento da medicina e do profissional médico, a Grécia, no século V a.C, é que se destaca por esquadrihar os contornos da relevância daquele ofício de salvar vidas. Ainda que se tenha origem no Egito, cujos médicos eram considerados sacerdotes, conforme as precisas lições de Kfoury Neto, admitia-se a culpa médica na Grécia “quando preenchidas duas condições: a) morte do paciente e; b) desobediência às prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária” (KFOURI NETO, 2013, p. 70.).

Desse cenário de valorização e melhor definição da nobre função do médico é que se extrai o célebre juramento de Hipócrates, que prevê a ciência do profissional se se desviar dos princípios e valores ali contidos.

Já no direito romano, este estabeleceu as balizas atuais para o instituto da responsabilidade civil, inclusive aquela que alcança o profissional médico. O Estado romano delinea os pilares da responsabilidade civil, nos termos em que atualmente compreendida, com a Lei Aquília, e, quanto ao médico, descortina parâmetros de responsabilidade na Lei Cornélia e, após, na *Lex Aquilia de Damno* (KFOURI NETO, 2013, p. 68).

A progressiva afirmação da responsabilidade civil do médico, por meio da reparabilidade do dano, coincide com a exigência da culpa daquele profissional, ainda que presumida. Essa consolidação dos moldes atuais da responsabilidade do profissional médico se deu na França, a partir do século XIX, quando as cortes daquele país, com atuação notória do Procurador Dupin, passaram a enfrentar o tema e assentar a possibilidade de responsabilização pelo erro médico. Vide, nesse contexto, o célebre julgamento ocorrido em 1832 pelo Tribunal de Domfront, oportunidade em que reconhecida a falta grave do médico francês “Helie”.

No Brasil, na linha da evolução mundial para a responsabilidade sem culpa ou com culpa presumida, a responsabilidade civil do médico deita raízes em diplomas legais relativamente



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

recentes, quando em cotejo com demais nações, especialmente do continente europeu alinhado ao *civil law*.

Com efeito, o Decreto-Lei nº 2.681/1912, que versava sobre a responsabilidade das empresas de estradas de ferro, descortinou no Brasil os primeiros traços da responsabilidade civil com culpa presumida. O advento do Código Civil de 1916 permitiu a atribuição de responsabilidade e constituiu marco importante para a delimitação das balizas para reparabilidade do erro médico, apesar de não prever expressamente a responsabilidade daquele profissional.

Nessa linha de consolidação da responsabilidade civil no Brasil, cumpre-nos mencionar a promulgação da Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa Consumidor, materializado na Lei nº 8.078/90, grande marco para atribuição de responsabilidade civil aos profissionais liberais, entre os quais os médicos, mediante a verificação de culpa (artigo 14, § 3º, da Lei nº 8.078/90).

Apesar da previsão expressa na lei acerca da responsabilidade dos profissionais liberais, é certo que apenas com o advento do Código Civil de 2002 verificou-se a possibilidade de se alcançar o erro médico, seja por meio de dispositivos genéricos, seja específico, de forma plena, uma vez que nem sempre a relação entre médico e paciente é de natureza consumerista. Advirta-se, nesse contexto, os atendimentos e terapias por meio do Sistema Único de Saúde não são alcançados pela sistemática do Código de Defesa do Consumidor.

O Código Civil de 2002 delimitou sistema binário de responsabilidade civil, já que permite hipóteses de reparabilidade do dano com o concurso de culpa e outras sem que tal elemento a integre. Nessa vereda, é imperioso indicar o “caput” do artigo 927 do Código Civil como regra geral, que impõe a culpa e o ato ilícito como condição à responsabilidade civil.

Porém, o parágrafo único do sobredito dispositivo legal evidencia a possibilidade de responsabilidade civil sem culpa nos casos previstos ou lei ou nas atividades que, por sua natureza, ofereçam riscos aos direitos de outrem.

É certo que o arcabouço normativo já mencionado alcança o profissional médico, porém cumpre-nos ressaltar o artigo 951 do Código Civil, cujo teor trata especificamente daqueles que desempenham atividades profissionais e, nesse contexto, possam causar a morte ou agravar o mal do paciente. Verifica-se, assim, que o Código Civil trata expressamente da responsabilidade civil por erro médico.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE E DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO PROFISSIONAL MÉDICO

O arcabouço jurídico-normativo vertido aos profissionais da saúde, especialmente aos médicos, atrai a incidência do artigo 951 do Código Civil, bem como do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, excetuada a hipótese de relação médico-paciente custeada pelo Sistema Único de Saúde.

Ambos os dispositivos legais sobreditos traduzem a responsabilidade de natureza subjetiva dos médicos, ou seja, impõem a negligência, imprudência e imperícia como condições, como atributos isolados ou cumulativos da conduta do profissional.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

Neste ponto, ressalta-se a existência de jurisprudência (STJ, AgRg no Ag. nº 744.181/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 05.09.2013, DJe 26.11.2008), ainda que superada ou minoritária, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que relaciona algumas hipóteses de responsabilidade objetiva do médico-cirurgião plástico estético, porém prevalece a natureza subjetiva - com culpa presumida - da responsabilidade do referido especialista (STJ, REsp nº 1.180.815/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.08.2010, DJe 26.08.2010).

Assentada a característica subjetiva da responsabilidade civil dos médicos, cumpre-nos dividir a consolidada distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado assumida por aquele profissional liberal (em regra), dicotomia derivada da célebre tese de Demogue.

Conforme as precisas palavras de Flávio Tartuce, “a obrigação de meio ou de diligência é aquela em que o devedor só é obrigado a empenhar-se para perseguir um resultado, ainda que este não seja alcançado”, ao passo que na “obrigação de resultado ou de fim a prestação só é cumprida com a obtenção de resultado, geralmente oferecido pelo devedor previamente” (TARTUCE, 2018, p. 1271).

A obrigação de meio constitui a regra geral do sistema de responsabilidade civil do médico, uma vez que, em não havendo liame ou vínculo jurídico anterior (a exemplo de um contrato), o profissional da medicina compromete-se, a partir de sua expertise, a buscar os recursos mais adequados para atenuar o sofrimento do paciente, e não a fim específico.

Nesse caso, a responsabilidade do agente só se concretiza se demonstrada sua conduta culposa, evitada de imperícia, imprudência ou negligência, além obviamente da delimitação dos demais requisitos genéricos do instituto da responsabilidade civil (nexo de causalidade e resultado danoso).

É certo que a cura é – ou deve ser, necessariamente, o propósito ideal de qualquer médico no desempenho de sua nobre função, mas não se pode dele exigir tal resultado perfeito em circunstâncias que dependem de diversos fatores além do ato médico.

Diversamente da obrigação de meio, que é aquela inerente ao desempenho de qualquer atividade médica, consistente no melhor empenho de se buscar resultado mais favorável ao paciente, a obrigação de resultado traduz um *plus* àquele compromisso do profissional.

Isso porque na obrigação de resultado o médico assume um fim específico, fim esse que integra a própria estrutura da obrigação. Desse modo, se não alcançado aquele resultado previamente determinado pelo profissional, ainda que tenha se empenhado ao máximo, haverá, em tese, presunção de culpa e inversão do ônus da prova, de modo que caberá ao profissional demonstrar o fato alheio e externo à sua conduta que impediu ou causou o resultado diverso do assumido.

A análise jurisprudencial permite concluir que a caracterização da obrigação de resultado não depende, necessariamente, de um contrato estabelecido entre médico e paciente, os tribunais pátrios atribuem a natureza da obrigação conforme a especialidade desempenhada pelo médico. Assim, por exemplo, relaciona-se a obrigação de resultado ao cirurgião plástico estético (STJ, AgRg no REsp nº 846.270/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.06.2010, DJe. 30.06.2010), ao médico



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

ultrassonografista (STJ, AgRg no Ag. nº 744.181/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 05.09.2013, DJe 26.11.2008) e ao anestesiológista (TJSC, Apel. Cível nº 2010.079530-6, Capital, 2ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 06.12.2012, DJSC, 12.12.2012, p. 125).

Os campos de atributos que definem a obrigação como de meio ou de resultado certamente não são estanques, especialmente quando cotejadas com casos práticos. Assim, há que se delimitar as situações em que a conduta do médico se desdobra em atos plurais, alguns destes correlatos a obrigações de meios e outros a obrigações de resultado. Trata-se da intervenção realizada nas cirurgias com dupla finalidade: reparadora e estética.

Diante dessa situação mista pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça pela necessidade de se atribuir obrigação de meio ao procedimento reparador e obrigação de resultado à abordagem estética.

Apesar da sobredita distinção, na prática tais ponderações afiguram-se de difícil aplicação, uma vez que o procedimento, a partir de uma única intervenção, sob o ponto de vista técnico, pode não admitir a dualidade e a cisão proposta pelos tribunais. Essa incerteza seria mais bem resolvida, considerando a complexidade da intervenção, como obrigação de meio, está a regra geral do sistema de responsabilidade civil subjetiva do médico.

Apesar da consolidada jurisprudência que correlaciona a natureza da obrigação assumida pelo médico com a especialidade por ele desempenhada, entendemos, com a devida vênia, que tal proceder acarreta excessiva insegurança jurídica.

É certo que o repisado exemplo do cirurgião plástico estético, ao celebrar um contrato, ainda que verbal, em cujo bojo antecipa ao paciente o fim específico que será atingido com o procedimento, não se reveste de maiores questionamentos quanto à obrigação de resultado relacionada ao médico.

Ocorre, todavia, que em outros casos já apreciados pelos tribunais brasileiros, especificamente pelo Superior Tribunal de Justiça, indicou-se a obrigação de resultado a médicos que não anteciparam ou assumiram qualquer resultado específico.

Nessa senda, causa-nos espécie atrair a obrigação de resultado, com todas as consequências jurídicas dela advindas, a quem não as assumiu. Trata-se do caso do médico anestesiológista e do ultrassonografista, especialidades a que a jurisprudência tem vinculado obrigações de resultado.

De um lado, descortina-se o fundado receio dos operadores do direito, especificamente julgadores, quanto à dificuldade de se comprovar a responsabilidade civil do médico conforme interpretação mais legalista formal dos elementos postos e consolidados pelo ordenamento jurídico. A jurisprudência, traduz a complexidade para se estabelecer nexo de causalidade e delimitar a culpa do profissional médico.

De outro, porém, impõe-se uma padronização nos critérios eleitos pelos tribunais para não se fazer da casuística um “caminho obscuro” causador de insegurança jurídica.



DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade civil do profissional médico afigura-se, em regra, subjetiva, nos termos dos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil, bem como do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, a atribuição de responsabilidade objetiva ao profissional médico, seja qual for sua especialidade, apenas com fundamento no risco inerente à atividade, parece-nos temerário. Com efeito, assim como todo proceder humano está sujeito ao erro, com o médico não é diferente.

A nobreza do ofício advém, inclusive, do risco assumido pelo médico prudente, de modo que o erro médico juridicamente relevante, para efeito de responsabilidade civil, depende da culpa (imprudência, imperícia ou negligência).

Nesses termos, a responsabilidade civil subjetiva depende dos seguintes elementos para sua caracterização: conduta (ação ou omissão) culposa; nexo de causalidade e dano.

É certo que no âmbito da responsabilidade subjetiva do médico tem havido distinção em algumas especialidades, a exemplo da conduta do cirurgião plástico no procedimento estético, presumindo-se a culpa do profissional, sobre este recaindo o ônus de comprovar que agiu diligentemente, ao passo que na responsabilidade sem presunção tal mister cabe ao paciente.

Ressaltamos, desde já, que a presunção de culpa de alguns profissionais médicos – e em alguns procedimentos – decorre da dificuldade do paciente de provar a culpa do médico, já que, no desempenho e no ato da prestação do serviço, geralmente o ofendido está sozinho, não possui conhecimento técnico e, em alguns casos, depara-se com o corporativismo dos profissionais da saúde, alguns destes subordinados.

A regra geral da responsabilidade civil do médico depende da comprovação da culpa pelo paciente. Trata-se de entendimento que dificulta sobremaneira a produção da prova, o que desagua, como fundamento central, na prevalência de ações de responsabilidade improcedentes.

Assentada a responsabilidade civil subjetiva e suas nuances, passemos à exposição dos elementos dela integrantes.

CULPA MÉDICA (“HOUE IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA OU NEGLIGÊNCIA?”)

A noção de culpa médica depende de breves conceitos da culpa. Segundo a precisa delimitação de René Savatier (1939, p. 8-9), “a culpa é a não execução de um dever que o agente poderia conhecer e observar”.

Ainda sobre o conceito de culpa, declara Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1958, p. 71-72) que “a culpa é defeito que se pode apontar na vontade. Supõe-se que o agente, no que quis, passou do limite em que a sua atividade ou a sua omissão seriam sem defeito”.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 assim estabelece: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

Nesse cenário, a existência da responsabilidade civil do médico, que é fundada no ato ilícito – e, por isso, subjetiva - depende, necessariamente, da culpa em sentido estrito, que se materializa na violação de um dever jurídico, dever esse que nos parece o dever genérico de cuidado.

Assim, a norma violada por uma ação ou omissão daquele profissional liberal deverá decorrer de imprudência, imperícia ou negligência, não obstante o artigo 186 do Código Civil seja silente quanto à modalidade da imperícia.

Apesar da falta de previsão da imperícia no artigo 186, é certo que o legislador quis contemplá-la como modalidade de culpa, porquanto materializada no artigo 951 do Código Civil, que versa sobre critérios de indenização nos casos de morte ou lesão à saúde decorrentes do exercício de atividade profissional pelo ofensor, o que inclui o médico.

Não se desconhece que a discussão doutrinária e jurisprudencial das modalidades de culpa possui natureza peculiar na seara do erro médico, dada a casuística – conceitos não são estanques na prática - e diversos fatores que tornam o tema controverso. No entanto, cumpre-nos buscar parâmetros ou referências que permitam melhor compreensão e maior segurança jurídica para o assunto.

Nessa vereda, as categorias de culpa vertidas ao erro médico são bem explicadas por Miguel Kfoury Neto, que inclusive apresenta exemplos práticos. Invocando o escólio de Genival Veloso de França, o ilustre magistrado explica que a “negligência médica “caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade; é um ato omissivo”. Revela ainda o exemplo do “médico clínico que deixa de dar o devido encaminhamento a paciente que necessita de urgente intervenção cirúrgica” (2018, p. 116), bem como do esquecimento de gaze no abdome de paciente em procedimento de cesariana.

Quanto à imprudência, o referido professor ressalta que há ato comissivo, que demanda ação do médico. Esclarece que “age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela” (KFOURI NETO, 2018, p. 121). Traz como exemplo o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista e aquele profissional inicia a sedação do paciente que, em razão de tal conduta, morre de parada cardíaca.

Na seara do erro médico, a noção de imperícia não difere daquela definição apresentada por Flávio Tartuce, uma vez que tal modalidade de culpa pressupõe o exercício de uma atividade profissional. Trata-se, assim, da falta de aptidão técnica, da ausência de conhecimento suficiente para o adequado desempenho do mister. Kfoury Neto (2018, p. 124) cita como exemplo de imperícia o caso de um “obstetra que, na operação cesariana, corta a bexiga da parturiente”.

Esquadrinhadas, resumidamente, as modalidades de culpa no campo médico, cumpre-nos enfatizar que na prática muitas condutas turvam os conceitos já abordados. Uma intervenção médica pode traduzir proceder negligente e imperito, ou imperito e imprudente, e até imprudente e negligente (quando há atos sucessivos e encadeados). Um erro pode ser claramente constatado, ainda que não divisada a modalidade da culpa. Para efeito de responsabilidade civil, seara distinta do direito penal, é certo que a indicação precisa da modalidade de culpa não constitui elemento essencial à caracterização do erro médico.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

Constatado o dano no paciente, originário direta e em razão (ainda que parcialmente) de uma conduta médica errônea, a exigência da especificação da modalidade de culpa na vertente civil apenas constitui óbice para a comprovação do fato. O estudo jurisprudencial sobre o erro médico evidencia o quanto difícil se faz a prova do fato para a parte que experimentou os danos, ainda que se trate de relação de consumo regida sob a égide do artigo 14, § 4º, da Lei 8.078/90.

Enquanto regra geral da responsabilidade do médico como obrigação de meio, ressalte-se que a alegação de qualquer das modalidades de culpa acarreta para a vítima o dever de demonstrar o agir imprudente, negligente ou imperito do médico. Nas hipóteses de obrigação de resultado, prevalece o entendimento segundo o qual a culpa do profissional é presumida, o que atrai o ônus da prova para o médico de demonstrar que agiu diligentemente.

No caso da obrigação de resultado, como bem assevera Miguel Kfoury Neto (2018, p. 105), o “desdobramento, quanto ao ônus da prova, é que, nessa última, ao paciente/vítima incumbirá apenas demonstrar que o resultado não foi alcançado, e ao médico competirá a prova de um fato que o exima de responsabilidade”. E ainda leciona sobre a consequência processual da obrigação de meio: “a vítima deverá fazer prova de que o médico não agiu com a o grau de diligência razoável e que houve descumprimento culposo”.

Nessa vereda, cumpre-nos enfatizar que o ponto central da controvérsia na responsabilidade civil por erro médico radica-se na dificuldade de se aferir e comprovar a culpa daquele profissional. Essa talvez seja a razão principal pela qual se tem assistido a uma relativização – ou “erosão”, nas palavras de Anderson Schreiber, pelos tribunais para a delimitação da responsabilidade civil subjetiva do médico, a este atribuindo o ônus de se desincumbir da alegação de conduta culposa.

Nas precisas considerações de Miguel Kfoury Neto (2018, p. 110), ao tratar sobre a análise do erro médico: “nessas demandas indenizatórias, os advogados dos autores pintam com tintas carregadas as evidências de má prática médica, ao passo que os patronos dos requeridos, respaldados em compêndios científicos e laudos periciais, demonstram que o profissional em momento nenhum afastou-se dos cânones que a ciência médica estabelece para o procedimento questionado”.

Diante dessa dificuldade de se compreender e delimitar a culpa e o nexos de causalidade nos casos de alegados erro médico, impõe-se a busca por balizas hermenêuticas mais objetivas que, de algum modo, possam uniformizar os critérios das decisões judiciais relacionados ao sobredito assunto.

Nessa linha de ponderações sobre o erro médico, o insigne e sempre atual doutrinador José de Aguiar Dias (1979, p. 285) obtempera que “na apuração dessa responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja técnica a elucidar, caso contrário será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato”.

A festejada professora Tereza Ancona Lopes de Magalhães também propõe alguns critérios eficientes para a aferição da culpa do médico, radicados na existência de erro grosseiro quando se tratar de diagnóstico e na imprescindibilidade do consentimento – quando possível, em intervenções que ofereçam risco à vida do paciente. Além dessas duas referências, com as quais nos alinhamos, há uma terceira baliza apresentada pela ilustre professora das Arcadas: a de que o erro do clínico geral merece menor reprovação do que o especialista (MAGALHÃES, 1984, p. 309). Ousamos divergir.

Em nosso sentir, não se pode “compensar” a falta de interesse e aperfeiçoamento do médico que não cursou uma especialização e, dessa forma, não possui o título correspondente. Com efeito, os pacientes que procuram por ajuda médica, em sua maioria, não apresentam condições de escolher o profissional; seja pela urgência, seja pela falta de condição financeira. A necessidade premente pela sobrevivência do paciente não se compadece com maus profissionais médicos que escolheram não se aperfeiçoar e, com isso, incorrerem no maior risco de erro culposos.

Não se desconhece a diferença de realidades Brasil afora; há diferentes demandas e distintos níveis de formação dos médicos. Porém, há que se buscar um padrão mínimo de formação daqueles profissionais, a fim de se evitar desvios de conduta em razão da imperícia, imprudência ou negligência. Parece-nos evidente que o incremento na formação do médico atrai, em regra, maior cautela e competência.

A sugestão para atribuição de menor reprovabilidade ao clínico geral pelo erro médico constitui senão estímulo para os profissionais não se especializarem e desempenharem melhor a função, já que a qualificação se traduz em maior risco, ao menos para efeito de responsabilidade civil.

Desse modo, não se pretende inverter a fundamentação e agravar a situação do especialista que incorre em erro médico em detrimento do clínico geral, mas, diversamente, sob o ponto de vista da formação acadêmica, de atribuir igual reprovabilidade entre tais agentes. Com a devida vênias ao entendimento esposado pela ilustre Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a circunstância do caso, e não a condição acadêmica do médico, deve ser o critério principal para a aferição e, principalmente, gradação da culpa do médico em caso de erro.

Com esteio no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, recorde-se que a gradação de culpa diz respeito apenas à quantificação do dano, de modo que a maior ou menor gravidade da culpa não constitui elemento essencial à caracterização da responsabilidade civil.

NEXO DE CAUSALIDADE (O DANO DECORREU NECESSARIAMENTE DA CONDUTA CULPOSA DO MÉDICO?)

O nexo de causalidade constitui elemento – imaterial - fundamental à delimitação da responsabilidade civil, somado à conduta humana (ação ou omissão) e ao dano. Trata-se da “ponte” entre os extremos (conduta e dano), conforme bem ressaltado por Miguel Kfoury Neto (2013, p. 129) ao invocar a doutrina de Paolo Forchielli.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

Como sói na seara jurídica, há diversas correntes doutrinárias sobre o nexo de causalidade, mas se constata, de antemão, a insuficiência de uma só delas para se delimitar um conceito eficiente, especificamente no campo do erro médico. Assentada essa premissa, cumpre-nos trazer à baila a teoria adotada pelo Código Civil pátrio, estampada no artigo 403 daquele diploma legal, que traduz os predicados da teoria da causa direta e imediata: o dano só será atribuído à conduta direta e imediatamente ligada ao resultado.

O ilustre jurista Anderson Schreiber (2018, p. 637), ao tratar sobre o nexo de causalidade, bem adverte que a aplicação exclusiva, sem mitigações, da teoria da causa direta e imediata pode inviabilizar a indenização nos casos de danos indiretos “necessários, isto é, um dano que deriva necessariamente de dano anterior, sem que para tanto seja preciso a intervenção de qualquer outra causa”.

Nessa esteira de considerações, o sobredito civilista ressalta com razão a fragilidade da teoria da causa direta e imediata no estágio atual do atual avanço civilizatório, marcado pela sociedade pós-moderna, ou de riscos, como bem pontuou Ulrich Beck em trabalho pioneiro sobre o assunto (SCHREIBER, 2018, p. 637).

A medicina avança a passos largos na vanguarda da tecnologia, inclusive com o emprego de inteligência artificial. A robótica já se mostra consolidada, e com sucesso, no campo de intervenções cirúrgicas. O objetivo do presente trabalho não tem a pretensão de questionar o avanço do marco civilizatório, com todas as benesses advindas do progresso, especificamente na medicina, mas discutir a necessidade de revisão dos parâmetros jurídicos para acompanhar tais novos paradigmas.

No contexto da sociedade pós-moderna, dependente por completo da tecnologia, é certo que na temática da responsabilidade civil decorrente de erro (culpa) médico exsurtem diversas discussões a respeito da dificuldade de se delimitar a conduta do culposa do profissional como único e determinante fator com aptidão para resultar o dano. Essa é a precisa constatação de Javier Fernandez Costales, para quem a concorrência – ainda que alegada - de eventos pode turvar a prova e, desse modo, a culpa do médico.

Nesse cenário, diante da dificuldade de se delimitar precisamente a responsabilidade civil do médico por meio dos requisitos tradicionais à responsabilidade civil, seja pelo corporativismo dos profissionais, seja pelo implemento de novos recursos tecnológicos, a doutrina e jurisprudência têm admitido a “erosão dos filtros de reparação”, como meio de se adaptar o ordenamento jurídico e a justiça à realidade dos fatos. Trata-se, advirta-se, de relativização que não se traduz em responsabilização objetiva do profissional médico, mas mitigação para fins de se permitir a escorreita apuração do fato e, eventualmente, viabilizar a responsabilidade do médico.

Conforme bem explicado por Anderson Schreiber, “a demonstração da culpa, do nexo causal e do dano, que, no passado, funcionavam como filtros da reparação, selecionando os casos que realmente resultariam em indenizações perante o Poder Judiciário, hoje perdem sua força de filtragem diante de construções teóricas paralelas que minam sua capacidade de contenção”. E prossegue: “em numerosos casos, a culpa é presumida ou até dispensada (responsabilidade objetiva), a causalidade é presumida ou flexibilizada por diferentes vias teóricas, o dano moral é



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

considerado *in re ipsa* e mesmo o dano patrimonial, antes aferido por meio de método quase matemático, hoje absorve situações outrora rejeitadas como se viu no estudo da perda da chance” (SCHREIBER, 2018, p. 640-641).

Nessa esteira de considerações, não obstante a necessidade de análise casuística e a possibilidade de danos indiretos necessários, filiamo-nos, para o fim de estabelecer diretrizes seguras na aferição da responsabilidade civil do médico, àquela baliza de nexos de causalidade relacionada à necessidade da causa, teoria essa apresentada por Agostinho Alvim e citada por Miguel Kfourir Neto (2013, p. 156):

A causa deve estar ligada ao dano, diretamente. ‘Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, mas, com a relação a esta última, é necessário que ela se ligue ao dano, diretamente. É causa necessária, porque o dano a ela se filia, necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas”. E prossegue, acertadamente, o autor especialista em erro médico: “O aparecimento de outra causa é que rompe o nexo causal – e não a distância entre a inexecução e o dano. causa próxima não é causa imediata, mas a necessária, decisiva direta.

Verifica-se, pois, que a conduta culposa do profissional médico deve estar ligada, necessária e diretamente, ao dano provocado, ainda que mediadamente. A existência de uma causa concorrente ao ato médico deve ser idônea e suficiente para causar o dano por si só; caso contrário, estar-se-á diante de concausas e, desse modo, concorrência de responsabilidades.

Há ainda as causas que afastam o nexo de causalidade e impedem o aperfeiçoamento da responsabilidade civil. A doutrina e jurisprudência pátrias entendem que o elo entre conduta e dano pode ser rompido se houver caso fortuito ou força maior, a contribuição exclusiva da vítima ou o fato de terceiro.

Em verdade, é imperioso ressaltar, os casos de erro médico levados a julgamento na seara civil têm sua improcedência, ou seja, o não reconhecimento da responsabilidade, sob o fundamento do rompimento do nexo de causalidade. A detida análise das decisões judiciais permite entrever a alegação de insuficiência das provas para a responsabilidade, dado o feixe amplo de possibilidades para o resultado danoso. Consta-se, pois, na maioria dos casos, que serão oportunamente explorados em capítulo próprio, o rompimento do nexo de causalidade pela não comprovação da exclusividade da conduta culposa do médico enquanto causadora do dano ao paciente.

DANO MÉDICO (HOUE SURGIMENTO OU AGRAVAMENTO DE UM MAL?)

A existência do dano constitui, em regra, elemento inafastável na responsabilidade civil, de modo que, na seara do erro médico, que é desdobramento daquele instituto jurídico, também se revela essencial. Em verdade, o dano parece-nos o requisito de mais fácil constatação e comprovação no erro médico. Trata-se do elemento objetivo da responsabilidade civil extracontratual e que tem, sobretudo, conotação jurídica.

Alinhados à definição apresentada por Adriano De Cupis (1954, p. 5-6), entendemos que o dano decorre da inobservância de uma norma jurídica e constitui qualquer “prejuízo, aniquilamento ou alteração de uma condição favorável, tanto pela força da natureza quanto pelo trabalho do homem”.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

Ainda sobre a definição de dano, colaciona-se a precisa lição de Paulo Lôbo, invocado pela doutrina de Anderson Schreiber (2019, p. 622), para quem o “dano é a violação sofrida pela própria pessoa, no seu corpo ou em seu âmbito moral, ou em seu patrimônio, sem causa lícita. Significa perda ou valor a menos de patrimônio, na dimensão material, e violação de direitos da personalidade, na dimensão moral”.

O estudo do dano, para a caracterização da responsabilidade civil, pressupõe, como regra a comportar exceções, a existência de dois atributos àquela violação sofrida: certeza e atualidade. A exigência de certeza do dano afasta a ofensa hipotética, infundada, ao passo que a atualidade demanda que o dano exista quando da aferição da responsabilidade civil.

É imperioso ressaltar, todavia, que as vicissitudes da pós-modernidade têm provocado um giro hermenêutico na concepção de dano. O perigo de dano ganha relevo jurídico para efeito de caracterizar a responsabilidade. Essa flexibilização do requisito objetivo da responsabilidade civil tem reconhecida, em alguns casos, pelos tribunais superiores pátrios desde 2014, conforme bem destaca Flávio Tartuce (2018, p. 374)., uma vez que naquela ocasião o Colendo Superior Tribunal de Justiça admitiu a reparação civil pela existência de corpo estranho em garrafa de refrigerante, ainda que não ingerido pelo adquirente. Ei-lo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE GARRAFA DE REFRIGERANTE CONTENDO CORPO ESTRANHO EM SEU CONTEÚDO. NÃO INGESTÃO. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARREAR RISCOS AO CONSUMIDOR. OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA. ARTIGOS ANALISADOS: 4º, 8º, 12 e 18, CDC e 2º, Lei 11.346/2006. 1. Ação de compensação por dano moral, ajuizada em 20/04/2007, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10/06/2013. 2. Discute-se a existência de dano moral na hipótese em que o consumidor adquire garrafa de refrigerante com corpo estranho em seu conteúdo, sem, contudo, ingeri-lo. 3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC. 5. Recurso especial não provido. (BRASIL, STJ, REsp nº 1.424.304/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.03.2014, DJe 19.05.2014).

O julgado acima colacionado evidencia essa “erosão dos paradigmas da responsabilidade civil”, na já citada expressão de Anderson Schreiber. Não se trata, advirta-se, de julgado que ainda materialize jurisprudência pacífica, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça posteriormente decidiu que a simples aquisição do produto com corpo estranho não gera dano moral indenizável (tese nº 2),



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

devendo, para tanto, haver exposição de risco concreto de lesão saúde, e segurança do consumidor (tese nº 3)¹.

No caso do erro médico, por óbvio, o comprometimento de “situação mais favorável” deverá decorrer, em regra, de modo direto e necessário de conduta humana culposa (por imperícia, imprudência ou negligência).

Conforme bem explica a doutrina de Miguel Kfoury Neto (2013, p. 124-125), “o dano é o elemento nuclear da responsabilidade civil; sem o dano, por mais grave que seja a conduta, não existe prejuízo ressarcível”. Ainda segundo o ilustre jurista, os danos médicos indenizáveis “podem ser físicos (ou corporais), materiais ou morais”.

O dano corporal constitui a alteração física, a manifestação necessária, decorrente da conduta culposa diretamente relacionada ao resultado desfavorável e é avaliado, para fins de indenização, conforme a extensão do comprometimento (invalidez) do corpo. Considerando a essencialidade do dano para a caracterização da responsabilidade civil, constata-se que o dano físico é, em regra, atributo inafastável do erro médico e dele podem resultar os danos materiais e os danos morais.

Na seara médica, a constatação do dano físico ou corporal pode implicar danos materiais e danos morais, a seguir explorados.

Os danos materiais traduzem “prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado” (TARTUCE, 208, p. 380) e se dividem em categorias jurídicas, tipos esses que podem estar presentes em um único fato.

Enquanto primeira espécie dos danos materiais tem-se os danos emergentes ou danos positivos, que conforme Flávio Tartuce (2018, p. 409-437), constituem a “efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, um dano pretérito suportado pelo prejudicado” e guardam previsão legal no artigo 403 do Código Civil. Geralmente, os danos emergentes são quantificados por meio de mero cálculo aritmético. No caso de erro médico, a título de ilustração, os danos emergentes seriam aqueles relacionados às despesas hospitalares.

A segunda vertente do dano material diz respeito aos lucros cessantes ou dano negativos, uma vez que se relacionam à renda que a vítima deixou de auferir, nos termos do artigo 402 do Código Civil. Ainda a título de ilustração, tal espécie de dano corresponderia ao tempo que o paciente do erro médico esteve impossibilitado de desempenhar sua atividade profissional e dela auferir sua renda.

Os danos morais ou extrapatrimoniais decorrem da ofensa aos direitos da personalidade, estes previstos em rol exemplificativo entre os artigos 11 e 22 do Código Civil, e foram pacificados, acerca de sua existência, na doutrina e jurisprudência pátrias, pelas previsões expressas contidas no artigo 5º, incisos V e X, da atual Constituição da República. Para o propósito do presente trabalho, em que se discute o paciente pessoa humana e diante da responsabilidade subjetiva do médico, adotar-

¹ Edição nº 39 do *Jurisprudência em Teses*, do Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br, acesso em 27 abr. 2003 às 13:17



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

se-á, quanto ao conteúdo, que o dano moral atinge a autoestima (perspectiva subjetiva) ou a projeção social da honra (perspectiva objetiva) da pessoa (TARTUCE, 2018, p. 409-437).

No âmbito do erro médico, os danos morais são plenamente verificáveis, seja em razão de um dano material (corporal) ou estético, seja em razão de um abalo psíquico, ainda que não decorra de alteração ou piora física. Nesse cenário, a título de exemplo, cumpre-nos mencionar uma situação, hipotética, em que o médico, agindo com culpa (negligência ou imprudência), agrava ou afeta o estado psíquico do paciente, sem nele causar dano aparente. É o caso de um médico que atesta e informa ao paciente, agindo com negligência na interpretação dos exames, a existência de doença grave de que não portador.

Quanto aos danos estéticos, estes não se confundem com os danos morais. Trata-se de categoria autônoma, passível de reconhecimento independentemente da existência do dano moral, constatação essa que se extrai, inclusive, da Súmula nº 387 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Não se desconhece o respeitável posicionamento doutrinário diverso, inaugurado no Brasil pelos estudos da Professora Tereza Ancona Lopez de Magalhães, para quem o dano estético seria dano moral. Porém, ousamos divergir da insigne jurista, uma vez que, na linha do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, conforme bem ressaltado por Flávio Tartuce (2018, p. 474), o dano estético é uma “alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa”, ao passo que o dano moral “há um sofrimento mental – dor da mente psíquica, pertencente ao foro íntimo” (BRASIL, STJ, REsp, nº 65.393/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30.10.2005; e REsp nº 84.752/RJ, Min. Ari Parglender, j. 21.10.2000). Acrescente-se que o dano estético, para fim de sua reparabilidade, deverá ser visível e permanente.

Nessa vereda de considerações sobre a autonomia do dano estético, afigura-se plausível a distinção trazida por Maria Helena Diniz (2017, p. 99), para quem é possível haver alteração morfológica permanente na pessoa e, ainda assim, esta a supera e não sofre abalo psíquico relevante e qualificado (dano moral).

Essa modalidade independente de dano possui grande incidência da seara do erro médico, de modo que os exemplos são abundantes. Um deles diz respeito a procedimento de cirurgia plástica estética em que se verificou no paciente cicatriz que deformou permanentemente o seu rosto.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste artigo não tem por objetivo, de modo algum, estigmatizar o médico, que desempenha o mais nobre dos ofícios: salvar vidas. O apreço pela prática da boa medicina é que nos move para estudar e sugerir abordagens jurídicas que propiciem segurança ao profissional médico e ao paciente.

Essa segurança esperada, que afasta e inibe o erro médico causado por negligência, imprudência e imperícia, depende da observância de balizas previsíveis, seja antes do evento, seja depois do erro.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

Nessa vereda, o presente estudo propõe, no plano preventivo, o estabelecimento de regras de transparência e padrões de segurança pelos estabelecimentos hospitalares e profissionais médicos.

No plano da transparência, que se traduz no acesso à informação, deve haver maior atenção ao paciente, informando-o detida e claramente os possíveis riscos dele diante da conduta médica e os documentos aos quais poderá recorrer (o paciente ou familiares) após o procedimento para verificar ocorrência de evento adverso.

Ainda na perspectiva de *compliance* e de transparência, impõe-se que o registro dos procedimentos médicos ocorra segundo padrões minimamente objetivos e inteligíveis, bem como sejam cancelados por mais de um médico da equipe ou, ao menos, do estabelecimento.

O estudo das demandas judiciais relacionadas a erro médico permite entrever prontuários preenchidos de qualquer maneira, muitos manualmente e sem possibilidade de compreensão, seja pela escrita precária, seja pela existência de lacunas que não permitem delimitar a evolução do paciente.

Essa falta de informação e transparência nos relatórios de atendimento e evolução do paciente dificulta sobremaneira a produção da prova em ações que buscam o reconhecimento da responsabilidade civil por erro médico. Diante desse documento tão relevante, mas frequentemente preenchido de forma precária, inviabiliza-se uma perícia adequada e, assim, um exame adequado do procedimento e do proceder médicos tidos como errôneos.

Na perspectiva posterior ao evento danoso, parece-nos crucial a delimitação de parâmetros jurídicos para se compreender o erro médico, a fim de que se tenha maior coerência na entrega da prestação jurisdicional.

Apesar dos lúcidos argumentos alinhados à necessidade de presunção ou não da culpa conforme a especialidade do médico, sustentamos que a natureza da responsabilidade civil do médico deverá ser, como regra, com a culpa presumida, ressalvada apenas a hipótese em que o profissional assume, contratualmente, um resultado específico e pontual (exemplo do cirurgião plástico em procedimento estético).

A ideia de presunção de culpa no erro médico constitui marco interpretativo mais adequado à equalização da relação processual entre médico e paciente, uma vez que transfere ao profissional o ônus de demonstrar que agiu diligentemente. Trata-se de baliza que permite a produção da prova por quem tem melhores condições técnicas de fazê-lo, caso do médico.

Ressalta-se, ainda, que a compreensão da responsabilidade civil do médico com o a culpa presumida não depende de alteração legislativa, já que se trata de interpretação contida nos dispositivos legais relacionados ao erro médico.

Finalmente, não se desconhece a realidade do sistema de saúde brasileiro, mas tal cenário decorre, em boa parte, da ausência de boas práticas, que não dependem, necessariamente, para sua implementação, de grandes investimentos para operar a proteção de muitas vidas.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: FUNDAMENTOS
 Ariovânia Morilha Silveira Sano, Vinicius Nunes Abbud

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. **Risk Society**: towards a new modernity. London: Sage, 1993.
- COSTALES, Juan Fernandez. **Responsabilidad civil médica y hospitalaria**. Madrid: Edilex, 1987.
- DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1954.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Responsabilidade civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità civile**. Padova: Cedam, 1968.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopes de. Responsabilidade civil dos médicos. *In*: CAHALI, Yussef Said (coord.). **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio De Janeiro: Borsoi, 1958.
- SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Paris: LGDJ, 1939.
- SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SCHREIBER, Anderson; DELGADO, Mário Luiz; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade civil**: volume único. São Paulo: Método, 2018.