



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GABRIELLE SANTANA FERREIRA**

**O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E  
PROFISSIONAL POR ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA  
“*MEDICAL MALPRACTICE*” À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

Salvador

2021

**GABRIELLE SANTANA FERREIRA**

**O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E  
PROFISSIONAL POR ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA  
“*MEDICAL MALPRACTICE*” À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ana Thereza Meirelles Araújo

Salvador  
2021

**GABRIELLE SANTANA FERREIRA**

**O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E  
PROFISSIONAL POR ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA  
“*MEDICAL MALPRACTICE*” À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2021.

À

Minha família e amigos, que sempre acreditaram no meu potencial e apoiaram todas as minhas decisões.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por me proteger e guiar em todos os momentos da minha vida.

Aos meus pais, que são fonte de amor, carinho e dedicação, abdicando, por muitas vezes, de si, para me garantir todo o suporte necessário para chegar até aqui, além de toda minha família que sempre me apoiou, os meus mais sinceros agradecimentos.

Agradeço a todos os meus amigos pelo incentivo, força, colo e amor, principalmente durante esse ano tão atípico de produção acadêmica em meio à pandemia. Vocês são parte dessa conquista.

Gostaria de agradecer, em especial, a minhas amigas, Lara Guerreiro e Lydia Guedes, que me ajudaram diariamente e estiveram sempre comigo ao longo dessa jornada, me encorajando, apoiando e dividindo comigo todas as minhas angústias.

Também agradeço àqueles que participaram da minha formação prática nesses anos enriquecedores de estágio. Vivi experiências essenciais ao meu amadurecimento. Em especial, à Bela. Danielle Cardoso, Dr. Marcos Lêdo e Renata Dantas, pelos ensinamentos, dentro e fora da área jurídica.

Agradeço aos professores da Faculdade Baiana de Direito, em especial a Ana Thereza Meirelles, minha professora e orientadora, por ter contribuído com a minha formação e me fornecido todo auxílio, atenção e confiança necessária durante a construção da presente pesquisa.

“A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo o lugar”.

Martin Luther King

## RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo precípua analisar se os riscos presentes diariamente na prática da medicina tornam necessária a contratação do seguro de responsabilidade civil por má prática médica, considerando o aumento das demandas no Brasil e o estudo da “*medical malpractice*” à luz do direito brasileiro. Além disso, ele identificará os aspectos que diferenciam a adoção dessa espécie de seguros pelos médicos brasileiros e americanos, além de demonstrar através de exemplos práticos se existe uma vulnerabilidade por parte dos médicos no Brasil nos casos judiciais concretos. Para tanto, é importante analisar a responsabilidade civil médica no Brasil, para assim compreender a evolução do erro médico, até a criação da chamada “indústria do erro médico”, que tornou as demandas judiciais por má prática médica recorrentes no país. Diante de tal indústria, enxerga-se uma vulnerabilidade do médico perante os pacientes que veio a implementar o seguro de responsabilidade civil decorrente do erro médico, fazendo com que os profissionais médicos repensassem acerca da necessidade de contratação dele frente aos riscos enfrentados. Nesse sentido, a imensa maioria dos médicos nos Estados Unidos buscaram através da contratação dessa espécie de seguros, a proteção jurídica para futuras indenizações, no intuito de sanear os danos que possam vir a ocorrer. Dessa forma, como a realidade brasileira é paralela a americana, crê-se que seguiremos o mesmo caminho passando a adotar tal seguro em massa como meio de proteção. Observe-se que tal adoção traz dificuldades aos médicos visto as desvantagens causadas pela adoção do plano, tanto no quesito financeiro como na relação médico-paciente. Sendo assim, o presente trabalho possui o propósito de demonstrar que é inefetiva a contratação do seguro de responsabilidade civil por erro médico, considerando que se trata de mero paliativo frente ao problema central, concluindo-se, destarte, que a contratação de tal seguro não resolve o problema do aumento das demandas judiciais no Brasil, prejudicando o exercício da medicina, sendo necessária a inserção de políticas públicas que desincentivem a abertura de tais processos e o contínuo crescimento da “indústria do erro médico”.

**Palavras-chave:** Seguro; Responsabilidade Civil; Erro médico; Vulnerabilidade; Médicos; Processos judiciais.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
ANADEM	Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CC	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEM	Código de Ética Médica
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CREMESP	Conselho Regional de Medicina de São Paulo
CRM	Conselho Regional de Medicina
EUA	Estados Unidos da América
NAT-JUS	Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
SBCP	Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica
SUS	Sistema Único de Saúde
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJCE	Tribunal de Justiça do Ceará
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PRESENTE NOS SERVIÇOS MÉDICOS</b>	15
2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO E A SUA FUNÇÃO SOCIAL	17
2.2 TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES	19
<b>2.2.1 Natureza Jurídica da Prestação do Serviço Médico</b>	20
<b>2.2.2 Obrigação De Segurança</b>	22
2.3 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO, A CULPA PROVADA E O ERRO GROSSEIRO E ESCUSÁVEL	22
2.4 DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO	24
2.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	25
<b>2.5.1 Iatrogenia</b>	26
<b>2.5.2 Fato de Terceiro, Intercorrência Médica e a Culpa Exclusiva da Vítima</b>	28
<b>2.5.3 Caso Fortuito, Força Maior e a Cláusula de Não Indenizar</b>	29
2.6 RESPONSABILIDADE DAS CLÍNICAS, HOSPITAIS E SIMILARES	31
<b>3 ERRO MÉDICO (“MEDICAL MALPRACTICE”)</b>	34
3.1 BREVE HISTÓRICO	35
3.2 O DANO	36
<b>3.2.1 Dano Patrimonial</b>	37
<b>3.2.2 Dano Moral</b>	38
3.3 A PERDA DE UMA CHANCE	39
3.4 DANO REFLEXO OU DANO EM RICOCHETE	40
3.5 RES IPSA LOQUITUR	40
3.6 A CULPA	41
3.7 NEXO DE CAUSALIDADE	43
3.8 AS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO POSSÍVEIS POR ERRO MÉDICO	44
<b>3.8.1 Responsabilidade Civil: Contratual e Extracontratual</b>	46
<b>3.8.2 Elementos Da Responsabilidade Civil Do Erro Médico</b>	48
<b>3.8.3 Responsabilidade Civil: Obrigações de Meio e de Resultado</b>	49

3.9 RESPONSABILIDADE CIVIL: LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 (CC/2002)	53
3.10 CONSENTIMENTO INFORMADO E A SUA APLICAÇÃO NO ERRO MÉDICO	56
<b>4 OS IMPACTOS DA INDÚSTRIA DA MEDICAL MALPRACTICE: A VULNERABILIDADE DO MÉDICO</b>	<b>62</b>
4.1 A “MEDICINA DEFENSIVA” E SUA ONEROSIDADE PARA O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E PARA A SAÚDE SUPLEMENTAR	65
4.2 TRANSFORMAÇÕES ADMINISTRATIVAS DENTRO DO PODER JUDICIÁRIO A FIM DE ADAPTAR ESSE PODER AO SIGNIFICATIVO AUMENTO DE DEMANDAS NA ÁREA MÉDICA E DA SAÚDE	68
4.3 O MÉDICO E SUA VULNERABILIDADE NO CASO CONCRETO	72
4.4 A VULNERABILIDADE MÉDICA NO CONTEXTO PANDÊMICO ATUAL BRASILEIRO	76
<b>5 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO</b>	<b>84</b>
5.1 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	87
5.2 SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL	89
5.3 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NOS ESTADOS UNIDOS	91
5.4 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NO BRASIL	95
5.5 A ATIVIDADE MÉDICA COM APOIO DE ATIVIDADE JURÍDICA ESPECIALIZADA EM DIREITO MÉDICO NO BRASIL	97
<b>6 CONCLUSÃO</b>	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>106</b>

## 1 INTRODUÇÃO

São inegáveis os riscos diários envolvidos na prática da medicina. Os médicos, por buscarem a cura dos males que flagelam a vida, passaram a ser enxergados como deuses pela sociedade. No entanto, atualmente, essa imagem tornou-se obsoleta, passando a humanidade a se conscientizar dos direitos que possuem em decorrência de danos causados por estes profissionais.

Veja-se que, devido aos avanços e riscos envolvidos na técnica da medicina, essa ciência se tornou propícia a erros, também conhecidos como “*medical malpractices*”.

Dessa forma, pode-se observar, de um lado, os erros médicos que acarretam um dano à vida e à saúde de um paciente, e, noutro, um profissional humano e passível de erros, que mesmo tendo tomado todos os cuidados cabíveis no exercício de sua atividade, pode acabar errando tendo em vista a imprevisibilidade de tal ciência.

Ultrapassado o exposto e tendo ciência dos riscos presentes, veja-se que o médico possui responsabilidade civil em relação a eventuais erros decorrentes do exercício de sua profissão pois ela trata de bens tutelados pela Constituição Federal Brasileira (saúde e vida), assim como, seus erros podem acarretar danos mortais e insupríveis à vida do paciente.

Frise-se que essa esfera de responsabilizações tornam os profissionais da medicina temerosos no exercício da sua atividade, em razão das demandas indenizatórias que podem vir a sofrer. A partir daí, vemos a importância do seguro de responsabilidade civil por erro médico, que parte da premissa básica de qualquer seguro, qual seja, a minimização do risco individual por meio da ampliação da base simultânea de contribuintes a um fundo comum destinado ao pagamento de eventuais indenizações relativas a eventos contratualmente pré-definidos.

Por meio desta fórmula, que envolve complexos cálculos atuariais e de matemática financeira, de modo a permitir não só o autofinanciamento do produto, mas também a geração de lucros às seguradoras, o seguro evita que o patrimônio de um indivíduo seja parcial ou completamente ameaçado por um evento condenatório imprevisível e inafastável, decorrente de uma falha profissional, que é capaz de comprometer as economias de toda uma vida.

Sobre essa espécie de seguro, é notória a diferença existente na aceitação dele no Brasil e nos Estados Unidos. Essa diferença se dá, principalmente, por razões econômicas. Veja-se que nos Estados Unidos ações indenizatórias decorrentes de erros médicos estão entre as ações mais bem remuneradas do país, tornando-se imprescindível a contratação deles para que seja possível a continuidade no exercício da profissão.

Noutro giro, no Brasil não existiam muitas ações dessa natureza, considerando a inexistência de uma cultura de luta dos cidadãos por seus direitos. Todavia, destaque-se que tal espécie de seguro tem apresentado um potencial crescimento no Brasil, tendo em vista o aumento de 140% (cento e quarenta por cento) no volume de ações indenizatórias por erro médico, o que torna necessária uma análise acerca deste seguro à luz do direito brasileiro.

Além disso, em análise aos casos concretos, passou-se a enxergar de maneira mais abrangente a tamanha vulnerabilidade do médico nessas relações, o que faz com que essa espécie de seguro esteja cada vez mais em evidência.

Nesse sentido, resta saber: Os riscos presentes diariamente na prática da medicina tornam necessária a contratação do seguro de responsabilidade civil por *medical malpractice*, considerando o aumento das demandas nesse sentido no sistema judiciário brasileiro? A falta de interesse por parte da massa de profissionais médicos brasileiros no que se refere à adoção dessa espécie de seguros em comparação aos médicos americanos é pertinente? Existe uma vulnerabilidade – no que tange à *medical malpractice* – por parte dos médicos no direito brasileiro nos casos judiciais concretos?

É importante se discutir acerca da responsabilidade civil médica e a possível adoção de um seguro de responsabilidade civil e profissional por erro médico no Brasil, tendo em vista que se trata de um tema que ainda não foi consolidado juridicamente no país, devido ao, ainda, baixo número de ações nesse sentido, inexistindo jurisprudência totalmente definida no que tange aos valores das indenizações e ao entendimento, ou não, do que seria de responsabilidade civil do médico e, conseqüentemente, passível de reparação jurídica.

Por outro lado, veja-se que a aludida espécie de seguro não possui uma expressiva adoção no Brasil, ou seja, tal pesquisa é de extrema importância no que tange a

demonstrar em âmbito social do que se trata tal seguro, bem como as vantagens e desvantagens da sua contratação.

Além disso, veja-se que o presente estudo não beneficia somente os médicos, mas toda a sociedade, considerando que esclarecerá a responsabilidade civil do médico, o que trará maior clareza para a população acerca dos direitos e deveres que possuem em decorrência de uma eventual má prática médica.

Nesse cenário, é premente analisar o contrato de seguro de responsabilidade civil e profissional por erro médico e as benesses da sua contratação, considerando o aumento expressivo de ações buscando reparações nessa temática, o que demonstra uma mudança da natureza jurídica no que se refere a este assunto no Brasil, tendo em vista que o aumento de ações e, conseqüentemente, o aumento de indenizações elevou o nível de importância da discussão desse tema.

Assim, a presente pesquisa buscará analisar se os riscos presentes diariamente na prática da medicina tornam necessária a contratação do seguro de responsabilidade civil por má prática médica, considerando o aumento das demandas no Brasil e o estudo do *medical malpractice* à luz do direito brasileiro. Além disso, ele identificará os aspectos que diferenciam a adoção dessa espécie de seguros pelos médicos brasileiros e americanos, além de demonstrar através de exemplos práticos se existe uma vulnerabilidade por parte dos médicos no Brasil nos casos judiciais concretos, analisando a responsabilidade civil médica, compreendendo a *medical malpractice*, avaliando o seguro de responsabilidade civil decorrente do erro médico, apresentando um comparativo acerca do seguro de responsabilidade civil por erro médico nos Estados Unidos e no Brasil, identificando a razão que ocasionou o aumento de demandas por erro médico no Brasil, compreendendo o crescimento atual dessa espécie de seguros no Brasil e analisando as jurisprudências e doutrinas que demonstram a existência da vulnerabilidade dos profissionais da saúde.

Para alcançar seus objetivos, esse trabalho terá abordagem qualitativa, avaliando o impacto da indústria do erro médico e do crescimento do mercado de seguros de responsabilidade civil por erro médico no Brasil e os impactos de sua consolidação nos Estados Unidos, tendo pesquisa predominantemente bibliográfica, a partir de interpretação da legislação pátria, livros, dissertações, teses, matérias jornalísticas, artigos científicos, bem como análise jurisprudencial.

Sob o ponto de vista da metodologia, será desenvolvido o método hipotético-dedutivo, por meio do qual são destacados os problemas nos conhecimentos prévios e, a partir deles, formuladas hipóteses, que serão testadas através da técnica de falseamento, com a constatação quanto ao resultado da pesquisa.

Dessa forma, esta pesquisa se subdivide em seis capítulos, sendo quatro destinados unicamente ao desenvolvimento da temática.

O primeiro capítulo do desenvolvimento se destinou ao estudo da responsabilidade civil presente nos serviços médicos, analisando a responsabilidade civil no direito brasileiro e a sua função social, além da teoria geral das obrigações que estuda a natureza jurídica da prestação do serviço médico e obrigação de segurança prevista nessa relação. Também se vê a responsabilidade do médico, a culpa provada e o erro grosseiro e escusável, os direitos e deveres do médico, bem como as excludentes da responsabilidade médica e a responsabilidade das clínicas, hospitais e similares.

Já no segundo capítulo debruça-se sobre o estudo do erro médico, analisando o seu histórico e o dano em seu aspecto patrimonial e moral. Ainda neste capítulo estuda-se os institutos da perda de uma chance, o dano reflexo, o dano *res ipsa loquitur*, além de analisar a culpa, o nexos de causalidade e as esferas de responsabilização possíveis por erro médico e seus elementos contratuais e extracontratuais e suas obrigações de meio e resultado. Além disso, se vê as legislações aplicáveis ao caso e os impactos do consentimento informado no erro médico.

No terceiro capítulo buscou-se analisar os impactos da indústria da *medical malpractice* e a vulnerabilidade do médico frente a onerosidade que ela causa ao Sistema Único de Saúde (SUS) e para a Saúde Suplementar, além das transformações administrativas dentro do poder judiciário a fim de adaptar esse poder ao significativo aumento de demandas na área médica e da saúde, bem como a vulnerabilidade do médico no caso concreto e a sua vulnerabilidade no contexto pandêmico brasileiro atual.

Por fim, no quarto e último capítulo do desenvolvimento, objetivou-se analisar o seguro de responsabilidade civil decorrente do erro médico, a partir do estudo do seguro de responsabilidade civil e profissional, para enfim, realizar-se o estudo do seguro de responsabilidade civil por erro médico. Finalizou-se, assim, com um comparativo acerca do seguro de responsabilidade civil por erro médico nos Estados Unidos e no

Brasil e uma análise da atividade médica com apoio de atividade jurídica especializada em direito médico no Brasil.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PRESENTE NOS SERVIÇOS MÉDICOS

A responsabilidade civil brasileira possui seus aspectos próprios no que se refere a prestação de serviços médicos. Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário analisar os principais acontecimentos no que tange a responsabilidade civil das sociedades antigas.

Consoante autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>1</sup>, assim como tantos outros, tal instituto possui seu ponto de partida no Direito Romano, possuindo como origem a concepção de vingança privada, tratando-se de uma lédima reação pessoal contra o mal sofrido. Aqui, a vingança foi a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos, visto que na ausência de um poder central, a vendeta era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia<sup>2</sup>.

Essa manifestação natural seria premissa para, regulando-a, intervir na sociedade, permitindo ou excluindo, quando sem justificativa, um comportamento, caracterizando-se a pena de Talião. A lei de Talião era baseada na típica tradição bíblica do olho por olho, dente por dente, a qual, não obstante seu rigor, tratava-se indubitavelmente de um temperamento dos costumes primitivos, em função da proporcionalidade do castigo<sup>3</sup>.

Observe-se que o Direito Romano não demonstrava preocupação teórica em sistematizar seus institutos, visto que sua elaboração ocorreu devido a um processo dogmático de análise de decisões de juízes e pretores, além de pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais.<sup>4</sup>

No entanto, ainda no Direito Romano, existe uma perspectiva de evolução da responsabilidade civil, tendo em vista a composição entre a vítima e o ofensor que evita a aplicação da pena de Talião. Dessa forma, ao contrário de impor que o agente do dano a um membro do corpo, por exemplo, sofra a mesma quebra, a vítima

---

<sup>1</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 3. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 10-13.

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 3. 4. ed. rev., ampl., e atual. Editora Juspodivm. Salvador. 2017, p. 54.

<sup>3</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op cit.*, 2003, p. 10-13.

receberia, a seu critério, uma importância em dinheiro ou outros bens.<sup>5</sup> Dessa forma, deu-se início a compensação pecuniária um acordo pelo qual a devolução de uma soma em dinheiro substituía tanto a vingança incondicional como a Lei de Talião<sup>6</sup>.

Nesse ambiente nasce a responsabilidade civil, no sentido moderno da expressão, compreendida como obrigação de restituir ao ofendido uma soma em pecúnia com a função de sancionar o ofensor e satisfazer o ofendido.<sup>7</sup> A edição da *Lex Aquilia* foi um advento histórico da responsabilidade civil, considerando que ela deu nome à nova designação e responsabilidade civil delitual ou extracontratual. Sua grande virtude foi propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.<sup>8</sup>

Observe-se que, mesmo tendo sua finalidade limitada ao proprietário da coisa lesada, a jurisprudência e as extensões concedidas pelo magistrado construíram a efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual.<sup>9</sup>

Noutro giro, realizando-se um salto histórico até o Código Civil brasileiro de 1916, veja-se que fora inserida a culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana, que trouxe para a pena a ideia de reparação do dano sofrido. Contudo, a teoria de culpa ainda não satisfazia as necessidades da vida em sociedade.<sup>10</sup>

Assim, começou-se a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, para ampliar o conceito de culpa e acolher novas teorias dogmáticas acerca da reparação de dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado e, conseqüentemente, tais teorias passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, respeitando a teoria tradicional da culpa que foi adota até mesmo pelo Código Civil brasileiro em vigor.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 3. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 10-13.

<sup>6</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 3. 4. ed. rev., ampl., e atual. Editora Juspodivm. Salvador. 2017, p. 54.

<sup>7</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>8</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.* 2003, p. 10-13.

<sup>9</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>10</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>11</sup> *Ibidem*, loc. cit.

## 2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Quando se pensa em responsabilidade, se pensa na noção de atos e consequência. Ou seja, todo ato danoso à terceiros faz nascer uma responsabilidade sob determinado agente.<sup>12</sup>

Apesar do termo “responsabilidade” ser conceituado de formas diversas pelos doutrinadores, Silvio Rodrigues a conceitua como “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependem”<sup>13</sup>.

Assim, a responsabilidade civil decorre de um desequilíbrio, ou seja, de um prejuízo moral ou patrimonial, que precisa necessariamente de reparação para ser sanado, havendo uma necessidade de se alcançar o status quo anterior ao dano, através da reparação. Todavia, caso esse status não seja possível de se alcançar, tal obrigação é revertida em indenização, quando se é possível monetizar o dano, ou realizar-se-á a compensação, quando não é possível estimar um valor para o dano<sup>14</sup>.

O conceito mais completo da responsabilidade civil é o de uma obrigação de reparar dano moral ou material ocasionado pelo agente que não observou dever jurídico legal ou convencional ao lesionado<sup>15</sup>. Dessa forma, conclui-se que ao ocorrer o descumprimento de uma obrigação primitiva, gera-se, automaticamente, o dever secundário de reparar ou compensar o dano ao lesado, o que acarreta a responsabilidade civil.

Pois bem. No que tange a função social, as três funções sociais da responsabilidade civil, a serem tratadas no presente, são a função compensatória para a vítima, a função punitiva para o ofensor e a desmotivadora social da conduta lesada<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994, p. 6.

<sup>13</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 6.

<sup>14</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil** v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 46.

<sup>15</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde**. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>16</sup> *Ibidem, loc. cit.*

Em primeiro lugar, a função compensatória da responsabilidade civil pode ter caráter indenizatório ou ressarcitório e possui previsão no art. 927<sup>17</sup> do Código Civil. Tal função possui como objetivo garantir a compensação pelo dano material ou pela ofensa à dignidade da vítima.

Inclui-se aqui a compensação in natura, onde a vítima possui garantia de uma execução direta sob o descumprimento, com fulcro no art. 947 do Código Civil, que prevê que “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”<sup>18</sup>.

Veja-se, então, que a função compensatória da responsabilidade civil, em suma, é associada à transmissão ou alocação dos custos relacionados ao evento danoso, da vítima para o ofensor.<sup>19</sup>

Em segundo lugar, tem-se a função punitiva objetiva, que visa uma punição ao lesante decorrente da falta de cuidado e atenção que geraram o dano, estimulando o agente a não recorrer em atividades danosas. Dessa forma, tal função possui o intuito de impedir mais danos a terceiros, além de incentivar condutas mais cuidadosas pela sociedade<sup>20</sup>.

Outrossim, ela estipula valores com objetivo de redução dos atos danosos, visando a justiça através da responsabilidade civil.<sup>21</sup>

Essa função não é tão somente sancionatória, uma vez que a responsabilidade civil funciona como uma pena civil ao ofensor, como desestímulo de comportamentos não admitidos pelo Direito. O autor Flávio Tartucci se refere a tal como função sancionatória e pedagógica, pois a indenização que deriva da responsabilidade civil funciona como uma sanção para aquele que viola a regra, seja ela legal ou contratual,

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro. Forense. 2018, p. 51.

<sup>20</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>21</sup> ANDRADE, André Gustavo Correia. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009, p. 316.

trazendo essa um caráter indissociável de desestímulo para novas condutas ofensivas<sup>22</sup>.

Todavia, ocorre que alguns doutrinadores como Wilson Melo da Silva<sup>23</sup>, posicionam-se contra o viés punitivo da reparação civil, doutrinando que apenas deve haver a sanção punitiva, nos casos em que o ordenamento estipula.

Em terceiro lugar, têm-se a função desmotivadora, que possui como finalidade a retração das atitudes de caráter danoso a sociedade, ao passo em que demonstra quais serão os comportamentos aceitos e não aceitos por ela.<sup>24</sup> Ela tem caráter precaucional considerando que ela visa evitar ou inibir novas práticas danosas.<sup>25</sup>

## 2.2 TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

No decorrer dos anos, relações obrigacionais surgiram concernentes de acordos ajustados de maneira livre entre as pessoas, visando sanar os interesses de ambos, seja para dar ou para receber prestações. No mesmo sentido, obrigações decorrentes da legislação se formaram, obrigando os indivíduos a seguir o disposto no ordenamento pátrio.

Dessa forma, o direito é relacionado a um dever jurídico, possuindo duas vertentes obrigacionais de relevância: a primeira no que tange a generalidade das obrigações e a segunda no que se refere as incontáveis relações jurídicas celebradas entre as pessoas.<sup>26</sup>

A obrigação conceitua-se como um vínculo jurídico transitório entre o devedor – sujeito passivo – e o credor – sujeito ativo – onde o passivo se obriga a fazer, dar ou não fazer – prestação –, podendo adimplir com seus bens, incluídas as perdas e danos, e se extinguindo através do seu cumprimento.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro. Forense. 2018, p. 52.

<sup>23</sup> SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua Reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 346.

<sup>24</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde**. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>25</sup> TARTUCE, Flávio. *op.cit.* 2018, p. 51.

<sup>26</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. *op. cit.* 2018.

<sup>27</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Obrigações: Abordagem Didática**. 2. ed. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2000, p. 4.

Assim, a obrigação caracteriza-se pelo elemento subjetivo, que são os sujeitos na relação obrigacional; o elemento objetivo, que se refere a prestação a ser cumprida; e o vínculo jurídico que une os sujeitos, possibilitando a exigência do cumprimento da prestação, também através do Estado<sup>28</sup>.

Por fim, qualquer obrigação válida deve ser lícita, sendo a lei a fonte principal das obrigações, seguindo o art. 5º, II, da CF/88<sup>29</sup>.

### 2.2.1 Natureza Jurídica da Prestação do Serviço Médico

De acordo com o Código Civil<sup>30</sup> e com o Código de Defesa do Consumidor<sup>31</sup>, o profissional médico é dotado de responsabilidade subjetiva, ou seja, necessita-se que haja a presença de culpa para que ele seja responsabilizado.

A reponsabilidade nessas profissões é assumida a partir do diagnóstico laboratorial ou clínico pelo médico, sendo a contratualidade dessa profissão bastante discutida pela doutrina. Atualmente afastou-se a responsabilidade extracontratual, no entanto, a diferença oncológica entre a responsabilidade contratual e extracontratual inexistem nesses casos, o que faz permanecer o dever de indenizar<sup>32</sup>.

José de Aguiar Dias ensina 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.<sup>33</sup> Nesse sentido entende Carlos Roberto Gonçalves, que discorre que embora muito já se tenha discutido respeito da natureza jurídica da prestação do serviço médico, hoje já não pairam mais dúvidas sobre a natureza contratual de tal responsabilidade<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde.** Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>29</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Senado. Brasília/DF. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>30</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>31</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>32</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. *op. cit.* 2018.

<sup>33</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 282.

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** v. 4. 14. ed. São Paulo. Saraiva. 2019, p. 345.

Nehemias Domingues 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.<sup>35</sup>

No exercício da medicina os contratos objetivam a cura. No entanto, a cura não depende somente do profissional, mas também da colaboração direta ou indireta do paciente. Dessa forma, ao provar que agiu com dedicação, esforço e zelo, o médico adimplirá com a parte que lhe é cabível no contrato, mesmo que ele não alcance a cura do paciente. Isso ocorre, pois, a obrigação em questão é de meio e não de resultado, logo, o contrato será bilateral, de trato sucessivo e oneroso, sendo também, na maioria das vezes, *intuitu personae*.<sup>36</sup>

Nesse sentido, observe-se que para o paciente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de “meio” e não de “resultado”.<sup>37</sup>

Sendo assim, 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. Dessa forma, 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.<sup>38</sup>

Finalmente, ressalte-se que no que se refere aos contratos realizados com hospitais, este será um contrato de prestação de serviço de natureza complexa, considerando que o paciente poderá ser atendido por qualquer um dos médicos de plantão no

---

<sup>35</sup> MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Doutrina e Jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 75.

<sup>36</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. v. 4. 14. ed. São Paulo. Saraiva. 2019, p. 346.

<sup>38</sup> *Ibidem. loc. cit.*

estabelecimento, bem como por quaisquer especialistas necessários ao atendimento da paciente<sup>39</sup>.

### 2.2.2 Obrigação De Segurança

Os profissionais liberais não podem realizar atividades que proporcionem riscos além dos previstos ou consequentes da atividade. Além disso, o paciente deve estar sempre orientado acerca dos riscos presentes no procedimento a que ele se sujeitará<sup>40</sup>, sendo essa uma obrigação de segurança prevista de maneira implícita no Código de Defesa do Consumidor<sup>41</sup>.

A obrigação de segurança obriga o profissional a trazer o resultado pretendido ao consumidor, sem que ocorra perigo à sua vida ou integridade física e psíquica<sup>42</sup>. Sendo assim, o profissional liberal, através desse dever, não pode utilizar de meios que ofereçam perigo à segurança ou saúde dos seus pacientes, a menos que sejam riscos normais ou previsíveis pela própria natureza do procedimento.

## 2.3 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO, A CULPA PROVADA E O ERRO GROSSEIRO E ESCUSÁVEL

Os profissionais médicos devem se comprometer a exercer sua atividade com cautela e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, visto que a natureza jurídica da atividade é contratual e possui um vínculo obrigacional de meio. Além disso, como os médicos são profissionais liberais, a responsabilidade civil por danos causados no exercício de sua profissão será comprovada através da existência, ou não, de culpa –

---

<sup>39</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>42</sup> SENISE LISBOA, Roberto. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001, p. 256-257.

que ocorre em casos de imprudência, negligência e imperícia, consoante art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor<sup>43</sup> e art. 951 do Código Civil<sup>44</sup>.

Os médicos possuem essa tratativa diferenciada em razão da influência que sua profissão possui por fatores externos ao contrato, não possuindo como único fator para o bom resultado do serviço o exercício correto da medicina pelo médico<sup>45</sup>. Dessa forma, mesmo sendo cuidadoso, a cura do paciente não é uma certeza, tendo em vista que o organismo de cada pessoa se adequa de forma diferente aos tratamentos, além dos outros fatores que podem influenciar na cura ou não do paciente.

Mesmo assim, é necessário que se mostre, independente da obrigação ser de meio, que foram utilizados todos os meios corretos e necessários para se alcançar o objetivo do paciente.<sup>46</sup>

Ante o exposto, o Código de Defesa do Consumidor<sup>47</sup> traz uma exceção no momento que atribui ao lesado o ônus de provar que o profissional não seguiu, através de ação ou omissão, a conduta que seria natural se esperar, cabendo ao juiz verificar a tipificação da falta, a corroboração do nexos causal entre a metodologia médica e o fato danoso, com a consequente indenização ao agente que causou o dano<sup>48</sup>.

Pois bem. No que tange ao erro grosseiro, ele ocorre através da ausência das mínimas condições de trabalho. Ou seja, é um erro que se dá por imprecisão ou incapacidade, consoante Irany Novah Moraes exemplifica:

O erro mais grotesco de que tomei conhecimento em toda bibliografia que tenho lido todos esses anos foi o do médico do fim do século XIX que, ao operar um doente, deixou cair seu pince-nez na cavidade peritoneal e, como sem ele tinha dificuldade de visão, não o encontrou. Seus óculos foram encontrados na autópsia feita no dia seguinte.<sup>49</sup>

Já o erro escusável ocorre quando, apesar de intrínseco à profissão, o erro não decorreu de responsabilidade médica. Nesses casos, o erro acontece devido a

---

<sup>43</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>44</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>45</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> BRASIL. *op. cit.* 1990.

<sup>48</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. *op. cit.* 2018.

<sup>49</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e Justiça**. 5. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 438.

acontecimentos naturais e limitados pela medicina – que não são inimizáveis aos médicos. No mesmo sentido, o erro de diagnóstico também é considerado um erro escusável pois ele não é indicativo de culpa médica quando advém de conhecimentos e regras científicas, a não ser que se trate de erro grosseiro.<sup>50</sup>

## 2.4 DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO

Consoante Irany Novah Moraes “muito é exigido do médico, mas, neste contexto, pouco é referido acerca de seus direitos.”<sup>51</sup>. Dessa forma, já podemos enxergar que as doutrinas não falam em demasiado sobre os direitos, mas apenas sobre os deveres dos profissionais médicos, fazendo-se necessários elencá-los na presente pesquisa.

Em primeiro lugar, o médico possui como principal direito, consoante o Código de Ética Médica, “exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza”<sup>52</sup>.

Além disso, o médico possui o direito de liberdade em todos os ambientes, sejam privados, públicos ou filantrópicos para resolver o tratamento que será dado ao seu paciente, com atenção a concordância dele e de acordo com as regras do estabelecimento de saúde em questão.<sup>53</sup>

Frise-se que a concordância do paciente não depende apenas da ciência, mas também abrange a ética-moral do paciente, como é o caso dos devotos à religião Testemunhas de Jeová, que não aceitam a realização de transfusão de sangue.

---

<sup>50</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>51</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e Justiça**. 5. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 438.

<sup>52</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM n.º 1931/2009**. Brasília/DF. 2009. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

<sup>53</sup> *Idem*. **Resolução CFM n.º 2.217/2018**. Brasília/DF. 2019. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

Nesse diapasão, os médicos poderão comunicar as autoridades judiciais que autorizarão ou não o procedimento em casos de risco à vida.<sup>54</sup>

Noutro giro, no que tange aos deveres médicos, estes estão previstos no Código de Ética Médica, Capítulo II, consoante veja-se:

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição. VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X – Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.<sup>55</sup>

## 2.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Existem algumas excludentes da responsabilidade do médico que ocasionam, conseqüentemente, na improcedência da ação penal e extinção da punibilidade do agente.

<sup>54</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>55</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM n.º 2.217/2018**. Brasília/DF. 2019, p. 19. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

### 2.5.1 Iatrogenia

São prejuízos inevitáveis ao paciente que decorrem de ações ou omissões do médico, seja com pacientes doentes ou não.

Existe uma divergência doutrinária em relação ao conceito mais completo de iatrogenia. Primeiramente, a doutrinadora Irany Novah Moraes discorre sobre as seguintes espécies de iatrogenia: aquela que abarca lesões previsíveis, mas inesperadas; aquela que abarca lesões advindas de erros humanos no exercício da profissão; e aquela que abarca lesões previsíveis e esperadas<sup>56</sup>.

Noutro giro, tem-se os autores Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza que discorrem acerca da iatrogenia no sentido *stricto sensu* e *lato sensu*. No primeiro seria onde não existe somente o intuito de agir bem do médico, mas também o intuito de agir consoante procedimentos, princípios e normas científicas. Já no que tange ao sentido *lato sensu*, a iatrogenia seria um resultado danoso causado pelo profissional devido a erros no procedimento ou atuação fora das normas científicas.<sup>57</sup>

De acordo com José Carlos Maldonado de Carvalho, a iatrogenia seria próxima a uma imperfeição simples advinda da falta de conhecimentos científicos.<sup>58</sup>

Veja-se que parte da doutrina conceitua iatrogenia como as lesões previsíveis, sejam esperadas ou não, no entanto, outra parte discorre que as lesões iatrogênicas são os danos causados por falha no comportamento humano.

Em primeiro lugar, as iatrogenias podem parecer advir do erro médico, contudo, considerando as características intrínsecas de cada paciente, são lesões que ocorreriam independentemente de um atuar falho do profissional, mesmo em procedimentos mais simplórios.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a Justiça**. 5. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 489.

<sup>57</sup> COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2008, p. 31.

<sup>58</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007, p.8.

<sup>59</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde**. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

Alexandre Martins dos Santos expõe:

Na cirurgia de septoplastia, que visa corrigir o desvio do septo nasal [...] em 5% dos casos estudados [...] poderá haver a memória ou mola do septo, voltando o nariz à posição pré-operatória. Nas cirurgias de catarata também pode ocorrer que, em pacientes idosos, haja um deslocamento da retina, mesmo sendo o ato cirúrgico praticado dentro da correta técnica. [...] O estudo da iatrogenia é fundamental por parte dos peritos judiciais e dos médicos legistas.<sup>60</sup>

Dessa forma, a iatrogenia não configura erro médico, nem tampouco erro escusável, considerando que as lesões previsíveis decorrem de ato médico previsível e necessário praticado com correção e zelo e o erro decorre de uma falha, culpa ou equívoco. E, além disso, para que uma conduta seja escusável, ela deve poder ser inescusável, o que significa que ela deve poder ser uma conduta inadmissível em face da boa prática médica, o que não é o caso. Assim, tem-se na iatrogenia lesões que podem ocorrer durante o tratamento, que independem da experiência e zelo médico e que não poderão acarretar a responsabilização destes em nenhuma esfera, visto que se trata de limites existentes na própria ciência.<sup>61</sup>

O dano iatrogênico, portanto, possui como pressuposto a vontade do profissional médico dirigida a um determinado resultado, que, por ser previsível, é sempre esperado. Tratando-se de meio lícito e necessário, para atingir-se o fim objetivado.<sup>62</sup>

No que se refere a previsibilidade, ela pode ser avaliada pelo critério objetivo, que possui como parâmetro o homem médio nas mesmas condições do caso concreto ou pelo critério subjetivo, em que se avalia as condições pessoais do agente. Consoante José Carlos de Carvalho, o critério subjetivo seria o mais adequado, consistindo a previsibilidade na antevisão de resultados nas mesmas condições em que o sujeito se encontrava, avaliando-se no momento da realização da conduta, ou seja, a previsibilidade deve ser presente e atual.<sup>63</sup>

No que se refere a “necessidade”, o autor atribui à iatrogenia conotação restrita às circunstâncias em que a lesão proveniente do ato médico, além de previsível, seja

---

<sup>60</sup> SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade Civil do Médico**. 1. ed. Rio de Janeiro. DOC, 2011, p. 53.

<sup>61</sup> MEIRELLES, Ana Thereza; BARBOSA, Amanda Souza. Dano iatrogênico e erro médico: o delineamento dos parâmetros para aferição da responsabilidade. **Revista Thesis Juris**, v. 6, n. 1, p. 186-209, jan./abr. São Paulo, 2017, p. 10.

<sup>62</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007, p. 215.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

certa quanto à sua materialização, como por exemplo, a necessidade de amputação de membro inferior para que se evite o alastramento de uma infecção.<sup>64</sup>

Sendo assim, entende-se como iatrogênico o dano previsível e necessário, que tem como pressuposto a vontade do médico dirigida a um determinado resultado, o qual só poderá ser alcançado através do procedimento técnico recomendado.<sup>65</sup>

### 2.5.2 Fato de Terceiro, Intercorrência Médica e a Culpa Exclusiva da Vítima

Nesse caso, o fato ocorre devido a uma conduta predominante de terceiros. Tem-se aqui uma exclusão de responsabilidade, consoante preceitua o art. 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor<sup>66</sup>, similar ao caso fortuito e a força maior, tendo em vista que nesses casos o nexo de causalidade entre o resultado danoso e a conduta do agente não existe devido a existência da imprevisibilidade e da inevitabilidade, que excluem o dever de indenizar.

Nehemias Domingos de Melo exemplifica:

Um paciente internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito com fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar. Nesse caso estaria caracterizando aquilo que chamamos de fortuito externo, ensejando a lição de que, não tendo ilícito resultado da ação do hospital, nem de qualquer fato conexo com a sua atividade, a responsabilidade ou culpabilidade estaria inteiramente afastada ante a excludente derivada do fato de que os danos experimentados por seus pacientes decorreram de fato praticado por terceiro, que não guarda qualquer conexão com as obrigações derivadas dos serviços ajustados.<sup>67</sup>

Pois bem. No que tange a intercorrência médica, trata-se de dificuldade decorrente de procedimento, não esperado pelo paciente ou não alertado a ele. Veja-se que, quaisquer procedimentos, independentemente do seu grau de complexidade,

---

<sup>64</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007, p. 7.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>67</sup> MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

possuem risco de complicações imprevisíveis, que não ocorrem, somente, por conta de erros médicos<sup>68</sup>.

Isso ocorre devido a diferença entre os organismos dos pacientes, variando entre um e outro a facilidade de contrair infecções, ou quaisquer reações adversas imprevisíveis, que não estão ligadas ao bom exercício da atividade médica.

No que se refere a culpa exclusiva da vítima, essa é uma conduta causada, única e exclusivamente por uma ação ou omissão da vítima, que quebra o nexo causal e torna inexistente o dever de indenizar do médico. Esses casos, dentre outros exemplos, podem ocorrer por negligência na utilização de medicamentos pelo paciente, mesmo lhe sendo explicado a importância deste.

Além disso, observe-se que em casos de culpa concorrente (quando a culpa concorre entre o agente e a vítima), a indenização é proporcional à culpa de cada agente, consoante preceitua art. 945 do Código Civil<sup>69</sup>.

### 2.5.3 Caso Fortuito, Força Maior e a Cláusula de Não Indenizar

Em primeiro lugar, o caso fortuito decorre de eventos alheios à vontade das partes. Já a força maior decorre de eventos ocasionados por força da natureza.

Tais eventos para serem caracterizados como casos fortuitos ou de força maior devem advir de situações inevitáveis e irresistíveis a qualquer esforço humano, devendo haver uma comprovação da existência dessas situações. Nesses casos, inexistente o dever de indenizar visto que o dolo ou a culpa não poderão ser atribuídos<sup>70</sup>.

O art. 393 do Código Civil<sup>71</sup> em seu parágrafo único, trata ambos os institutos da mesma forma, conceituando que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis de evitar ou impedir”.

---

<sup>68</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>69</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>70</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. *op. cit.* . 2018.

<sup>71</sup> BRASIL. *op. cit.* 2002.

Noutro giro, analisando no âmbito consumerista, o Código de Defesa do Consumidor não considera tais institutos como excludentes de responsabilidade, consoante artigos 12, §3º, e 14, §2º<sup>72</sup>.

Veja-se que parte da doutrina defende que deverá ser aplicada apenas à lei consumerista, argumentando que os artigos do Código de Defesa do Consumidor são taxativos, não podendo o intérprete alargar sua aplicabilidade. Noutro giro, outra parte da doutrina diverge nesse quesito, ao acreditar que o Código de Defesa do Consumidor não elenca caso fortuito e força maior como excludentes, mas também não os nega.

Visando pacificar tais divergências, veja-se o voto do Ministro Eduardo Ribeiro:

O fato de o art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1058 do Código Civil (referência ao Código de 1916, corresponde ao atual art. 393).<sup>73</sup>

Ante o exposto, observe-se que o Código de Defesa do Consumidor trata de proteger as relações de consumo, não sendo apenas o consumidor o detentor dessa proteção. Dessa forma, não se pode responsabilizar o fornecedor de serviço por fato alheio ao exercício da sua atividade.

Pois bem. No que tange a cláusula de não indenizar, essa possui sua base no princípio da autonomia da vontade que trata da liberdade entre as partes para estabelecer as cláusulas e obrigações de seus contratos, desde que não venha de contra ao ordenamento brasileiro, consoante Princípio da Soberania da Ordem Pública<sup>74</sup>.

Nos contratos em que são estipuladas tal cláusula, o risco do dano é transferido para a vítima, existindo então uma abdicação prévia ao direito de indenização de danos. Veja-se que essa abdicação pode ser limitando um valor máximo de indenização ou excluindo totalmente o dever de reparação do dano.

---

<sup>72</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 120647-SP**. Relatora: Ministro Eduardo Ribeiro. Terceira Turma. Julg. 15 maio 2000. Dje. 26 ago. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/353926/recurso-especial-resp-120647-sp-1997-0012374-0/inteiro-teor-100249157>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>74</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

Veja-se, no entanto, que o direito moderno não enxerga a presente cláusula com bons olhos, bem como, o Código de Defesa do Consumidor a enxerga como nula, consoante art. 51, IV, da aludida legislação<sup>75</sup>.

Contudo, Silvio de Salvo Venosa<sup>76</sup> assegura que, ainda que livremente convenciona, não opera essa cláusula em caso de dolo do agente. Não é porque o contratante sabe que está isento de indenizar que intencionalmente possa ocasionar o dano. Como, nessa cláusula, naturalmente o agente deposita menos zelo no cumprimento da obrigação, se sua culpa for de elevado nível, sua conduta se equipara ao dolo, devendo ser analisado o caso concreto.

## 2.6 RESPONSABILIDADE DAS CLÍNICAS, HOSPITAIS E SIMILARES

A relação paciente e hospital segue os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, considerando que existe uma relação de consumo entre o hospital e o paciente no momento da celebração do contrato de prestação de serviços médicos, em que o consumidor é o paciente e o fornecedor é o hospital. Sendo assim, o hospital responde objetivamente por quaisquer erros na prestação do serviço consoante art. 14, caput, da aludida legislação<sup>77</sup>. No entanto, frise-se que os estabelecimentos de saúde respondem somente pelos atos causados pelos médicos que são seus empregados ou os que o administram.

Nehemias Domingos de Melo explica que é possível isentar o hospital do dever indenizatório desde que fique provado a ocorrência de uma das excludentes presentes no Código de Defesa do Consumidor.<sup>78</sup>

Nesse sentido, está prevista a responsabilidade objetiva dos investidores em atividade de risco, no art. 927, parágrafo único, do Código Civil<sup>79</sup>, que discorre que a obrigação

---

<sup>75</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 02 fev 2021.

<sup>76</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 392.

<sup>77</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>78</sup> MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 158-159.

<sup>79</sup> BRASIL. *op. cit.* 2002.

de reparar o dano, independe da presença de culpa, nos casos previstos em lei, ou nos casos em que se tratar de atividade risco para outros, sendo tal entendimento confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>80</sup>.

Sendo assim, observe-se que, embora os médicos possuam responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela que depende da existência de culpa, as clínicas, hospitais e similares possuem responsabilidade objetiva, de acordo com os serviços que serão prestados ao paciente<sup>81</sup>.

Nesse sentido, Fabio Ulhoa Coelho discorre que:

Não são profissionais liberais as empresas ou pessoas jurídicas em geral, ainda que explorem serviços de procuração judicial, medicina, engenharia, etc., como hospitais, casas de saúde, empreiteiras, construtoras, escolas, etc. A relação de consumo é celebrada com profissional liberal, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, 14, § 4º, se o for intuitu personae. Na hipótese de o consumidor procurar a empresa onde presta serviço o profissional liberal, ou, ainda, procurar os serviços de qualquer profissional liberal, não o contratando pela sua própria pessoa, a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor é objetiva.<sup>82</sup>

No entanto, existem divergências entre doutrinadores, considerando que alguns afirmam que a responsabilidade dos estabelecimentos também deve ser subjetiva, ou seja, aferindo a existência ou não de culpa, consoante art. 14, §4 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>83</sup> Defendendo tal posição, Miguel Kfourri Neto discorre que:

A responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física ou jurídica, ou de apenas um deles. [...] Mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp: 1621375 RS 2016/0221376-0**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julg. 19 set. 2017. Terceira Turma. Dje. 26 set. 2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503714853/recurso-especial-resp-1621375-rs-2016-0221376-0/relatorio-e-voto-503714877>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>81</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>82</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 282.

<sup>83</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>84</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 365.

Finalmente, de acordo com tal posicionamento, apenas a existência de culpa acarretaria a responsabilidade profissional e por consequência, na responsabilidade solidária do hospital.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A Responsabilidade Médica na Experiência Brasileira Contemporânea**. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2003, p. 300.

### 3 ERRO MÉDICO (“*MEDICAL MALPRACTICE*”)

O erro médico – abordando os aspectos civis, penais, administrativos e éticos – pode ser conceituado de algumas formas, sendo elas complementares entre si.

Primeiramente, o erro médico é “o dano, o agravo à saúde do paciente, provocado pela ação ou inação do médico no exercício da profissão e sem a intenção de cometê-lo”<sup>86</sup>.

Além disso, o *medical malpractice* pode ser conceituado como “uma conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”<sup>87</sup> e, também, como “a falha do médico no exercício da profissão. Ela é o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico por inobservância de conduta técnica, estando o profissional em pleno exercício de suas faculdades mentais.”<sup>88</sup>.

Ante o exposto, pode-se caracterizar o erro médico como a conduta omissiva ou comissiva contra o paciente durante atividade médica que pode ser caracterizada como imperícia, imprudência ou negligência, mas nunca como dolo. Existem decisões nos tribunais superiores considerando o erro médico proveniente de condutas dolosas, na modalidade dolo eventual - onde o agente assume o risco de produzir o resultado danoso. Portanto, veja-se que os componentes fundamentais da *medical malpractice* são o dano, a ausência de dolo, configurando a culpa em sentido estrito e o nexo de causalidade.<sup>89</sup>

Os três elementos supracitados fundamentam a responsabilidade civil subjetiva que, em alguns casos, se relaciona com a atividade dos facultativos, conforme dispõe art. 951 do Código Civil e o art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. 3 ed. rev. atual. ed. Unimontes. Montes Claros. 2001, p. 91.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>88</sup> BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2 ed. rev. atual. Florianópolis. CREMESC, 2000, p. 66.

<sup>89</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p.19-20.

<sup>90</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2021.

Noutro giro, faz-se necessário diferenciar o erro médico do acidente imprevisível e do resultado incontrolável, tendo em vista que essas duas últimas situações afastariam a configuração do erro médico. Primeiramente, observa-se que o “acidente imprevisível é o resultado lesivo, caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, por qualquer que seja o autor nas mesmas circunstâncias”.<sup>91</sup> Já o resultado incontrolável é “aquele decorrente de situação incontornável, de curso inexorável e próprio da evolução do caso, quando a ciência e a competência profissional não dispõem de solução, até o momento da ocorrência.”<sup>92</sup> Veja-se que os danos decorrentes de acidentes imprevisíveis ou resultados incontroláveis são caracterizados como erros profissionais ou erros técnicos.<sup>93</sup>

### 3.1 BREVE HISTÓRICO

O primeiro vestígio acerca da existência do erro médico consta no Código de Hamurabi, onde fora estipulado, de maneira inédita, a compensação financeira. Outrossim, no Egito bastava que os médicos agissem de acordo com as regras presentes no Livro Sagrado para que fossem isentos de quaisquer penalidades. Ademais, o povo germânico originário do Leste Europeu, qual seja, os ostrogodos e visigodos, passaram a oferecer o médico responsável pelo erro para a família do paciente, para que estes realizassem com ele o que julgassem ser o justo.<sup>94</sup>

Com o tempo, deixou-se de ser uma composição voluntária, que envolvia a entrega de dinheiro ou de um objeto, para ser uma composição tarifada.<sup>95</sup> Observe-se que “o Código de Ur-Nammu, o Código de Manu, o Cho-King dos chineses, a Lei de Zoroastro, datadas de uma época em que a composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória e ao demais, tarifada, puniam os cirurgiões que desempenhavam mal a sua arte, pela paga um tanto ou quanto por membro roto, por

---

<sup>91</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2021.

<sup>92</sup> GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. 2. ed. rev. atual. ed. Unimontes. Montes Claros. 2000, p.25.

<sup>93</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p.19-20.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 20-21.

<sup>95</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

morte de um homem livre ou escravo, etc. O Talmude (instrução), livro que registra a lei e as tradições judaicas, compiladas pelos doutores hebreus, substituiu a pena de talião pela pena de multa, prisão e imposição de castigos físicos, aplicando em lugar da pena de morte a de prisão perpétua, sem trabalhos forçados, se ocorresse o óbito do paciente”<sup>96</sup>.

Logo após, fora determinado através da *Lei Aquilia*, indenizações aos médicos que cometessem danos contrários ao direito, decorrentes de falta *in committendo*. Veja-se que ela também estabeleceu a impossibilidade da pena de morte em casos de negligência ou imperícia. Ademais, a França chegou a consagrar a exclusiva responsabilidade moral dos médicos, em 1929, excluindo a possibilidade de responsabilização cível destes. No entanto, esse quadro não se perpetuou, considerando que em 1936, fora consagrada jurisprudência possibilitando a responsabilidade médica diante do erro.<sup>97</sup>

### 3.2 O DANO

O dano é conceituado pela autora Maria Helena Diniz como “a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”<sup>98</sup>. Veja-se que apenas se caracteriza um fato como erro médico, diante da ocorrência de dano ou agravo a saúde de outrem, sendo estes pressupostos básicos.<sup>99</sup>

Noutro giro, observa-se que é possível haver o dano na relação médico-paciente sem a ocorrência do erro médico pois, no “estudo das alterações patológicas provocadas no paciente por tratamento de qualquer tipo”<sup>100</sup>, temos as lesões previsíveis e esperadas, que são aquelas que decorrem e são legitimadas pelo próprio exercício

---

<sup>96</sup> CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o Direito**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2002, p. 7.

<sup>97</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 20-21.

<sup>98</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 17. ed. São Paulo. Saraiva, 2001, p. 37.

<sup>99</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. *op. cit.*, 2012, p. 21-22.

<sup>100</sup> STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, v. 90, n. 784, fev. São Paulo, 2001, p. 105.

regular da profissão médica, considerando que nesse caso a lesão seria a maneira de curar ou melhorar o estado do paciente, bem como, temos as lesões previsíveis, mas inesperadas, que ocorrem devido ao risco envolvido em quaisquer procedimentos.<sup>101</sup>

Além disso, outra situação em que ocorre o dano sem a caracterização do erro médico, é quando a responsabilidade deste é exclusivamente do paciente, onde ocorre a ruptura do nexo de causalidade entre a ação do médico e o dano ocorrido. Outrossim, tem-se a culpa concorrente do paciente, que reduz a penalização do profissional da medicina.<sup>102</sup>

Dessa forma, veja-se que as lesões aos bens jurídicos tutelados decorrentes de erros médicos, podem ser patrimoniais e morais, que se diferenciam, respectivamente, pela presença ou não de conteúdo econômico a repercutir sobre a vítima.

### 3.2.1 Dano Patrimonial

O dano patrimonial pode ser positivo ou negativo e é chamado no Código Civil brasileiro como perdas e danos. Em primeiro lugar, o dano material ou emergente, também chamado de dano positivo, decorre de “uma projeção direta e imediata nos interesses econômicos, materiais, da vítima do dano e, por isso, torna-se facilmente referenciável em termos pecuniários”<sup>103</sup>, como por exemplo, despesas médico-hospitalares, medicamentos etc.<sup>104</sup>

Noutro giro, tem-se os danos negativos, chamados de lucros cessantes, que se conceituam como o montante que a vítima ou lesado deixou de ganhar em decorrência do fato danoso.<sup>105</sup> Ou seja, o lucro cessante se caracteriza como o “não ingresso de certos bens ou direitos ao patrimônio da vítima que se vê deles privado pela intercorrência do fato danoso”<sup>106</sup> e “sua indenização abrangeria o lapso temporal que

---

<sup>101</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 21-22.

<sup>102</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>103</sup> MENDES, Antônio Carlos. **Bioética**. v. 2, n. 2, Conselho Federal de Medicina. Brasília, 1994, p. 185.

<sup>104</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. *op. cit.*, 2012, p.21/22.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 22-23.

<sup>106</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo. Método, 2005, p. 33.

medeia entre o evento danoso e a retomada das atividades normais, após a completa recuperação”<sup>107</sup>.

Além disso, observe-se que, para um dano ser passível de indenização, faz-se necessário que o prejuízo seja certo, atual e não duvidoso, bem como, direto – gerando resultados instantâneos ao médico causador do fato -, especial – visto que deve surtir efeitos somente a quem os invoca –, apreciável em dinheiro e, não deve ser normal e previsível, ou seja, sem culpa.<sup>108</sup>

### 3.2.2 Dano Moral

O dano moral é a lesão causada a um indivíduo em seu patrimônio ideal, caracterizado como aquilo que não é suscetível a atribuição de valor econômico.<sup>109</sup>

O dano moral decorrente do erro médico, consoante entende a autora Maria Helena Diniz, é a “lesão a um interesse que visa satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (vida, integridade corporal, liberdade, honra, decoro, intimidade, sentimentos afetivos e a própria imagem) ou nos direitos da pessoa (nome, capacidade, estado de família)”<sup>110</sup>.

Noutro giro, o dano moral indireto envolve interesse não patrimonial, como a perda de um bem de valor afetivo, por exemplo.<sup>111</sup> Ademais, veja-se que, consoante conceitua Teresa Ancona Lopes, o dano moral objetivo é aquele que produz impacto em dimensão moral, no meio social<sup>112</sup> e o subjetivo, consiste no próprio sofrimento da alma em resposta a ofensas em seus valores íntimos.<sup>113</sup>

---

<sup>107</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 133.

<sup>108</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p.22-23.

<sup>109</sup> SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1969, p. 13.

<sup>110</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 17. ed. São Paulo. Saraiva, 2001, p. 86.

<sup>111</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. *op. cit.*, 2012, p.22-23.

<sup>112</sup> LOPES, Teresa Ancona. **O dano estético: Responsabilidade civil**. 2. ed., São Paulo. RT, 1999, p. 24.

<sup>113</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. *op. cit.*, 2012, p.24.

No mais, observe-se que o dano moral não é passível de reparação, considerando que é impossível a cessação do sofrimento de outrem através de uma indenização e, além disso, é necessário destacar que não é possível determinar um valor ao dano moral. Dito isso, a responsabilidade civil visa compensar e não reparar a vítima. Isso pode ocorrer através de uma indenização ou de uma satisfação moral. Outrossim, o dano moral também possui uma função educativa e preventiva, pois serve de exemplo sobre o que afeta a sociedade e quais comportamentos não serão tolerados.<sup>114</sup>

A indenização por dano moral, pode ser isolada ou em conjunto à indenização patrimonial, e deve ser efetiva, mas, não excessiva, devendo-se observar a gravidade, repercussão do agravo e grau de culpa do ofensor, para que este instituto não seja banalizado, se tornando um fator de enriquecimento ilícito.<sup>115</sup>

### 3.3 A PERDA DE UMA CHANCE

A perda de uma chance é caracterizada como o erro médico capaz de causar a perda da chance de eliminação de sofrimento do paciente ou a perda da chance de retardar a morte deste, com preservação razoável da qualidade de vida. Veja-se então, que ela está interligada ao prejuízo real e, também, ao seu nexos de causalidade. Dessa forma, tratando-se de dano real e não hipotético, incidirá a reparação civil. Observe-se que essa reparação também pode ocorrer caso haja a perda de uma chance de realizar um negócio, por exemplo, desde que se tenha a certeza ou a grande possibilidade do seu acontecimento. Todavia, destaque-se que, no que se refere a negligência, a perda de uma chance é de difícil caracterização, no entanto, considerando que se trata de teoria baseada na probabilidade, a indenização será reduzida.<sup>116</sup>

Rafael Peteffi da Silva afirma que a reparação da perda de uma chance deve ser proporcional a chance perdida e não igual ao resultado que teria a chance perdida. Veja-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) em que esse autor é citado:

---

<sup>114</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 24-25.

<sup>115</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>116</sup> *Ibidem, loc. cit.*

Rafael Peteffi da Silva refere acórdão da Corte de Cassação francesa (sendo a França o berço dessa teoria, onde é aplicada há muito tempo – o primeiro caso francês data de 1889, ao passo que o primeiro caso inglês é de 1911/1917), de abril de 2002, onde se afirmou que "a reparação da perda de uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado."<sup>117</sup>

Sendo assim, a perda de uma chance não pode ser aplicada em todos os casos e sua reparação deve ser analisada de acordo com o caso.

### 3.4 DANO REFLEXO OU DANO EM RICOCHETE

O dano em ricochete ocorre quando a lesão atinge terceiro próximo à vítima propriamente do dano.<sup>118</sup> Consoante autor Caio Mario, nesses casos, "o que se deve adotar como solução é a regra da certeza do dano. Se pela morte ou incapacidade da vítima as pessoas que dela se beneficiavam ficarem privadas de socorro, o dano é certo e cabe ação contra o causador"<sup>119</sup>.

O Código Civil, nos casos em que esse dano seja causado por culpa no exercício da atividade médica, prevê a possibilidade de reparações indenizatórias, e outras reparações relacionadas a alimentação a quem a vítima do dano devia, analisando-se o tempo possível de vida dela. O dano reflexo está previsto no artigo 948, II<sup>120</sup> e artigo 951<sup>121</sup> da aludida legislação.

### 3.5 RES IPSA LOQUITUR

<sup>117</sup> SILVA, Rafael Peteffi. *apud*. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **APC n. 70074148396**. Dje. 20 out. 2017. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074148396&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as\\_qj=&as\\_q=&requiredfields=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=>](https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074148396&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&as_q=&requiredfields=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=>)>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>118</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 26-27.

<sup>119</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro. Forense, 1997, p. 44.

<sup>120</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

A *res ipsa loquitur*, também chamada de teoria onde o fato fala por si mesmo, ocorre quando se existe uma hipótese grande de que o dano fora causado através da prática da medicina pelo profissional, que agiu com negligência, imperícia ou imprudência.<sup>122</sup> Nesses casos, “extrai-se a ilação de que o fato não teria ocorrido se não tivesse havido a culpa do médico. Tal formulação teórica faz parte do direito de evidência circunstancial e se aplica quando não há evidência acerca de como e por que ocorreu o dano; acredita-se que não teria ocorrido se não houvesse culpa e recai sobre o médico que estava atendendo, pessoalmente, ao paciente”<sup>123</sup>.

### 3.6 A CULPA

O erro médico é única e exclusivamente relacionado com a culpa propriamente dita, que é aquela que não inclui o dolo.<sup>124</sup> Essa culpa pode ser conceituada como a “conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível e, excepcionalmente, previsto que podia, com a devida atenção, ser evitado”<sup>125</sup> e, possui previsão no art. 951 do Código Civil<sup>126</sup>.

A responsabilidade civil do médico envolve erro culposo e jamais danoso, considerando que, quando houver dolo, o médico responderá fora da sua profissão, como cidadão comum<sup>127</sup>. Além disso, tal responsabilidade possui presunção de “uma conduta profissional inadequada, associada à inobservância de regra técnica, potencialmente capaz de produzir dano à vida ou agravamento do estado de saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência”<sup>128</sup>. “A negligência

---

<sup>122</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 26-27.

<sup>123</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 61.

<sup>124</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. *op. cit.*, 2012, p. 27-29.

<sup>125</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v. 1. São Paulo. Atlas, 1999, p. 138.

<sup>126</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>127</sup> CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o Direito**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2002, p. 4.

<sup>128</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo. Método, 2005, p.141.

consiste em não fazer o que deveria ser feito. A imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito”<sup>129</sup>.

A negligência ocorre quando o médico exerce sua profissão com ausência de precaução e descaso com o paciente. O diagnóstico sem o exame cuidadoso do paciente ou a prescrição de uma medicação por telefone são exemplos relacionados com a essa falha. Já a imprudência se trata de um risco assumido pelo médico, sem embasamento científico necessário ou esclarecimento à parte interessada, através de omissão ou ação, como por exemplo a utilização de técnica cirúrgica ainda não aceita pela comunidade médica.<sup>130</sup>

Noutro giro, a imperícia ocorre devido à falta de observação por parte dos médicos das normas técnicas, o despreparo prático, a insuficiência de conhecimentos ou a utilização de tratamentos já abandonados.<sup>131</sup>

Consoante ensina Delton Croce e Delton Croce Junior, as modalidades de culpa possuem, em resumo, as seguintes características: a negligência é a inércia, preguiça psíquica, ausência de reflexão necessária, descuido, desleixo, desatenção. É a omissão (culpa in omittendo) aos deveres que circunstâncias exigem. Consiste, em suma, na passividade corpórea ou subjetiva quando da execução de determinado ato dando ocasião a resultados danosos que não sobreviveriam se o agente houvesse se conduzido com diligência, ou não diligência do *homo medius* necessária para o cumprimento do mister; já imperícia designa o inábil ou falta de aptidão técnica, teórica ou prática, no desempenho de uma atividade profissional. Consiste, portanto, a imperícia na falta de cabedal normalmente indispensável ao exercício de uma profissão ou arte; por fim, a imprudência é a falta de atenção, o descuido ou a imprevidência no exercício de uma ação perigosa, caracterizando-se, necessariamente, por uma conduta comissiva.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> GOMES, Júlio César Meireles. FRANÇA, Genival Veloso. Erro médico. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coords). **Iniciação à bioética**. Brasília. Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 244.

<sup>130</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 27-29.

<sup>131</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>132</sup> CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo. Saraiva, 2002, p. 23-25.

Sendo assim, após a ocorrência do erro médico e a necessária constatação da ocorrência de culpa, deve-se analisar cada caso para a consequente identificação de sua modalidade.

### 3.7 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade nada mais é que a relação existente entre a causa e o efeito do erro médico, causado através de ação ou omissão do agente do dano verificado. Tal instituto está previsto nos artigos 186 e 927 do Código Civil<sup>133</sup>. Nos casos em que se torne de difícil identificação a causa do dano ou quando o dano tiver várias causas, existem várias teorias acerca da posição que deve ser seguida.<sup>134</sup>

Primeiramente, consoante teoria da equivalência das condições causais, a causa seria a condição que ajudou para o resultado concreto. Já de acordo com a teoria da causalidade adequada, a causa seria a condição que normalmente da causa ao aludido resultado danoso. Por fim, consoante teoria da causa própria, a causa seria o fator que motivou o resultado, no mais curto período, excluindo-se o mais remoto.<sup>135</sup>

Veja-se que, na abordagem jurídica do erro médico, não é necessariamente adotada uma dessas teorias, considerando que se deve realizar uma análise de todos os fatos relacionados ao resultado produzido. O erro médico, como crime culposos, não prescinde, ainda que o erro incida sobre a própria conduta.<sup>136</sup>

Existem algumas hipóteses de exclusão do nexo de causalidade, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

Em primeiro lugar, a culpa exclusiva da vítima, pode ocorrer quando o resultado danoso acontece devido a ação ou omissão culposa da própria vítima, como por

---

<sup>133</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>134</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina. Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 27-29.

<sup>135</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>136</sup> *Ibidem, loc. cit.*

exemplo, quando o paciente não segue as orientações médicas e um resultado desfavorável ocorre como consequência de uma ação exclusivamente sua.<sup>137</sup>

Já o fato de terceiro ocorre quando o médico e o paciente não deram causa ao dano, mas sim um terceiro, de maneira exclusiva, sendo um fato imprevisível e inevitável.<sup>138</sup>

Nehemias Domingos de Melo traz um caso hipotético como exemplo de tal excludente de nexo de causalidade:

Vamos supor um exemplo bizarro: que um paciente internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito como fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar. Nesse caso estaria caracterizando aquilo que chamamos de fortuito externo, ensejando a ilação de que não tendo o ilícito resultado da ação do hospital, nem de qualquer fato conexo com a sua atividade, a responsabilidade ou culpabilidade da prestadora de serviços restaria inteiramente afastada ante a excludente derivada de fato praticado por terceiro, que não guarda qualquer conexão com as obrigações derivadas dos serviços ajustados.<sup>139</sup>

Finalmente, o caso fortuito e a força maior, consoante leciona Nehemias, “estão relacionados a eventos inevitáveis e irresistíveis a qualquer esforço humano, sendo que o caso fortuito está relacionado com eventos alheios à vontade das partes (greves, motins, guerras, dentro outros), já a força maior teria relações com fenômenos da natureza (raios, inundações, terremotos)”<sup>140</sup>. Ambos são tratados de maneira conjunta no Código Civil, todavia, não são mencionados como excludentes no Código de Defesa do Consumidor. No entanto, veja-se que a doutrina entende que eles podem aplicados de maneira subsidiária no Código de Defesa do Consumidor<sup>141</sup>.

### 3.8 AS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO POSSÍVEIS POR ERRO MÉDICO

Consoante exposto, o erro médico pode gerar o dever de responsabilização que poderá refletir em algumas esferas, até mesmo, de maneira simultânea. Em primeiro lugar, a responsabilização administrativa, pode ocorrer quando o médico age em

---

<sup>137</sup> MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo. Atlas, 2014, p. 57-58.

<sup>138</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>140</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 63-65.

nome do Estado, consoante Lei 8.112/199068, através de Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar (PAD), onde acontece uma apuração acerca da responsabilidade do médico no que tange a Administração Pública. Tais procedimentos, podem ocasionar na exoneração da função pública do médico causador do dano e na obrigação de ressarcimento regressivo ao Estado, caso este tenha sido obrigado a indenizar a vítima do dano, consoante preceitua Teoria do Risco Administrativo da Administração Pública do Direito Administrativo e a possibilidade de ação regressiva.<sup>142</sup>

Além disso, o médico também poderá ser julgado no que tange a sua responsabilidade ética profissional perante os Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), com fulcro no Código de Ética Médica – Resolução 1.931/200969. A tramitação processual desses procedimentos ocorre consoante Código de Processo Ético instituído pela Resolução CFM Nº 2.145/2016 e alterado pela Resolução CFM nº 2.158/201770. Nesses casos poderá ser instaurada Sindicância e, após, um Processo Ético Profissional contra o profissional causador do dano, e, ele poderá ter seu registro profissional cassado, perdendo o direito de exercer a medicina no Brasil, de acordo com a Lei 3.268/1957, Art. 22, “e”.<sup>143</sup>

A responsabilidade jurídica pode ser dividida em responsabilidade civil e responsabilidade penal, consoante Aguiar Dias, a responsabilidade civil pretende reprimir o dano privado, restabelecendo o equilíbrio ‘individual’ perturbado, a responsabilidade penal tem a finalidade de restabelecer o equilíbrio ‘social’ perturbado, indagando antes da punibilidade do agente e da anti-socialidade de seu procedimento.<sup>144</sup>

Dessa forma, veja-se que a responsabilidade civil pressupõe a existência de um dano que necessite ser reestabelecido. Observa-se que nesta temática, incide o dever de

---

<sup>142</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 37-39.

<sup>143</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>144</sup> DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. v.1. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense,1979, p.7.

reparar também no campo profissional. Sendo assim, todo aquele que, na atividade de sua profissão, causar algum tipo de dano ao outro, é obrigado a repará-lo.<sup>145</sup>

No que tange à responsabilidade civil, a responsabilização do profissional pode ocorrer com fulcro no Código Civil (Lei nº 10.406 de 2002), nos casos em que o médico presta um atendimento que não se caracteriza como uma relação de consumo, e, pode ocorrer de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), quando estão caracterizados os elementos de uma relação privada de consumo, em que o paciente é o consumidor final desse serviço e o médico é o fornecedor do serviço.<sup>146</sup>

Noutro giro, quando o erro médico resultar num crime, mesmo que esse erro tenha ocorrido sem dolo algum, apenas por culpa sua, nos casos de imprudência, negligência e imperícia, é possível que ele seja responsabilizado, também, na esfera penal<sup>147</sup>.<sup>148</sup> Todavia, apesar de todos os possíveis âmbitos de responsabilização, veja-se que o enfoque, na presente pesquisa, será na responsabilização civil.

### 3.8.1 Responsabilidade Civil: Contratual e Extracontratual

Em primeiro lugar, a responsabilização contratual médica decorre da necessidade social de garantir o cumprimento dos deveres, antes de tudo morais, de não prejudicar terceiros e de responder pela prática dos seus próprios atos.<sup>149</sup>

<sup>145</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil. **Conteúdo Jurídico**. Brasília/DF, 2018. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set 2020.

<sup>146</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2021.

<sup>147</sup> BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei n.º 2.848. Senado. Brasília/DF. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 21 abr. 2021.

<sup>148</sup> BRASIL. Conselho Regional do Estado de Santa Catarina. **Manual de Orientação Ética e Disciplinar**. v. 1. 2. ed. 2000. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/regional/crmsc/manual/parte3d.htm>>. Acesso em: 29 out. 2020.

<sup>149</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 2018. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

Atualmente, é pacífico o entendimento de que a responsabilidade médica é, em regra, contratual. Todavia, veja-se que existem hipóteses em que a responsabilidade médica não decorrerá de contrato (art. 951, Código Civil)<sup>150</sup>.

Ruy Rosado de Aguiar Jr. ensina que a responsabilidade médica “será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência”<sup>151</sup>. Dessa forma, estão incluídos nesses casos, os atendimentos de natureza emergenciais.

Veja-se que, Paula Rodrigues Peres, citando Giostri, ensina que os atendimentos através do sistema único de saúde (SUS), possuem natureza extracontratual, considerando que o profissional está cumprindo apenas com a demanda da instituição de saúde a qual ele é vinculado:

A responsabilidade civil do médico é analisada sob o aspecto subjetivo, assim para que exista a responsabilidade do médico deverá estar presentes os seguintes pressupostos: a conduta (omissiva ou comissiva), o dano, o nexo de causalidade ligando o dano à conduta, e a culpa, a qual pode ser exteriorizada através da negligência, imprudência e imperícia. Entretanto, o médico que atende pelo Sistema Único de Saúde, passa a ser “acobertado” pela responsabilidade objetiva. O atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, caracteriza a responsabilidade objetiva para entidade, e responsabilidade extracontratual para o profissional. Nesse caso o Estado será condenado a ressarcir o lesado, restando o direito à ação regressiva contra ato do seu preposto (no caso o médico) se esse estiver agido com culpa [...]<sup>152</sup>

No entanto, faz-se necessário frisar que essa diferenciação possui pouca ou nenhuma importância prática, considerando que a obrigação de reparar o dano é imposta ao seu causador, independentemente de ter sido produzida dentro ou fora do contrato. A maior parte da doutrina acredita que a relação médico-paciente, em regra, seria contratual *sui generis*, considerando que o médico seria o prestador de serviço e o paciente, o cliente; e excepcionalmente, a relação médico paciente é considerada extracontratual, resultado de um ilícito.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>151</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **RT 718/33, Rev. Jurídica Síntese**, n. 231, jun. 1997, p. 510.

<sup>152</sup> GIOSTRI, Hildegard. *apud* PERES, Paula Rodrigues. A responsabilidade civil do estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde. **Âmbito Jurídico**. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7040](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7040)>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>153</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 42.

Têm-se, então, um contrato, que pode ser verbal ou escrito e, consoante Nehemias Domingos de Melo, ele é

bilateral (ou sinalagmático), pois produz efeitos para ambas as partes do contrato, criando direitos e deveres, havendo assim obrigações para todos os contratantes; é oneroso, pois envolve sacrifícios e benefícios com reciprocidade mútua de ambas as partes<sup>154</sup>.

Nesse contrato, espera-se do médico o maior esforço, comprometimento e tratamento para o paciente, sem garantia da cura, considerando que a medicina não é uma ciência de resultado e sim uma ciência de meio, onde deve ser observada as condições dos pacientes e as técnicas possíveis. Por outro lado, espera-se do paciente a remuneração adequada ao profissional da saúde, bem como, obediência às orientações médicas.<sup>155</sup>

Tal contrato seria de trato sucessivo, pois ocorre de forma singular e continuada, outrossim, trata-se de contrato comutativo, tendo em vista que as contraprestações são certas e determinadas.<sup>156</sup>

Conclui-se pelo exposto acima que a responsabilidade civil na relação médico-paciente é, em regra, contratual e, de forma excepcional, extracontratual.

### 3.8.2 Elementos Da Responsabilidade Civil Do Erro Médico

Tanto no que tange ao Código Civil como ao Código de Defesa do Consumidor, para a responsabilização do profissional médico diante de eventual erro, faz-se necessário a caracterização do ato danoso, a configuração de um prejuízo ao paciente e o nexo causal entre ambos (ação e resultado). Veja-se que o profissional liberal, tal como o médico, possui responsabilidade subjetiva, sendo então necessária a existência de culpa por parte do médico para que ocorra a sua responsabilização.<sup>157</sup>

Caso não estivéssemos tratando da responsabilidade do Estado ou da responsabilidade de uma sociedade empresária, estas responderiam de forma

---

<sup>154</sup> MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo. Atlas, 2014, p. 75-77.

<sup>155</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 39.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>157</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2021.

objetiva, onde basta a existência do dano e do nexos causal. A responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, independentemente de culpa. A este respeito é a lição esclarecedora de Sérgio Cavalieri Filho ao afirmar que: “Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes.” É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.<sup>158</sup>

No entanto, considerando que os médicos que estão em abordagem, a discussão do elemento culpa é essencial para comprovação do erro médico na responsabilidade subjetiva.

### 3.8.3 Responsabilidade Civil: Obrigações de Meio e de Resultado

No que se refere a natureza jurídica do contrato médico, veja-se que na relação contratual a obrigação assumida pode ser de resultado e/ou de meios. Tal distinção, vale ressaltar, não é fornecida pela lei. Acerca do tema, leciona Jurandir Sebastião, que para os efeitos de responsabilidade e ressarcimento, em resumo e como regra geral, a diferença destina-se em saber quem assumiu o risco em caso de frustração (não atingimento do fim) ou de prejuízo (dano), diante do resultado negativo. Se o risco foi assumido por quem contrata (paciente), cumpre a este provar a culpa do contratado (médico) pelo dano resultante – será contrato de meios. Se o risco é do contratado (médico), cumpre a este, para eximir-se de sua responsabilidade (uma vez que não atingiu o resultado desejado), provar que o insucesso decorreu de fato que escapou de sua esfera de ação, quer por culpa do próprio contratante, quer porque derivado de força maior ou de caso fortuito – será contrato de resultados.<sup>159</sup>

Ante o exposto, caracteriza-se como obrigação de resultados aquela em que o devedor assume a obrigação de fornecer um resultado certo e determinado, sem o

---

<sup>158</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **APC 70038593497**. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Dje. 06 ago. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113155400/apelacao-civel-ac-70054317573-rs>>. Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>159</sup> SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte. Del Rey. 2001, p. 63.

qual haverá o inadimplemento. Já na obrigação de meios, o devedor se obriga tão-somente a empregar sua técnica a fim de alcançar um resultado, sem, entretanto, estar vinculado à obtenção deste.<sup>160</sup>

Na obrigação de resultados, a culpa contratual é presumida, havendo casos, em que a responsabilidade pode ser objetiva, considerando que, inadimplida a obrigação, o devedor fica obrigado a reparar o dano. Noutro giro, na obrigação de meios, apenas será caracterizado o inadimplemento, se o credor conseguir provar que o resultado almejado não foi obtido em razão da ausência de diligência do médico responsável.<sup>161</sup>

Em regra, o médico não se compromete a um determinado resultado, sendo sua obrigação, então, de meios. É exigido dele, apenas, que conduza o tratamento com todos os meios necessários para alcançar a cura do paciente.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho ensina que “a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual”.<sup>162</sup>

Cabe ao paciente, ou a seus herdeiros, provar que o resultado negativo teve como causa negligência, imprudência ou imperícia do médico, o que demonstra que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva, tendo em vista que necessita de uma comprovação de culpa em quaisquer das suas modalidades.

Tal conclusão possui seus alicerces no art. 951 do Código Civil brasileiro, que dispõe:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda aos casos de indenização devida por aquele que, no exercício da 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.<sup>163</sup>

Nehemias Domingos ensina sobre o assunto, no caso da responsabilidade civil médica, que “a obrigação de meio é aquela em que o profissional se obriga a empregar seus conhecimentos e técnicas disponíveis visando um determinado resultado em favor de seu contratante (consumidor), sem responsabilizar-se pelo êxito da

---

<sup>160</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil. **Conteúdo Jurídico**. Brasília/DF. 2018. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 392.

<sup>163</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

empreitada. Nestas circunstâncias e não sendo atingido o objetivo final do contratado, o lesado somente logrará obter indenização se provar, e esse é seu ônus, que os resultados somente não foram atingidos porque o profissional não agiu com diligência e os cuidados exigidos para a realização do contratado. Em contrapartida, a obrigação de resultado será aquela em que o profissional venha a assumir, contratualmente, que determinada finalidade será alcançada, comprometendo-se assim, com os resultados da empreitada. Neste caso, caso, em não sendo alcançado o resultado, bastará ao credor demonstrar que o objetivo colimado não foi atingido, para fazer surgir a obrigação de indenizar por parte do prestador de serviços. Trata-se de presunção de culpa. O que significa dizer que o consumidor se libera do ônus probatório transferindo este ônus para o profissional que deverá demonstrar, de maneira cabal, que agiu com prudência, diligência ou perícia desejada ou ainda, provar a ocorrência de força maior ou caso fortuito”.<sup>164</sup>

Então, veja-se que a obrigação de resultado possui a responsabilidade subjetiva dessa forma, para o agente afastá-la, deve ser comprovado que este agiu com prudência, diligência ou perícia desejada ou que o resultado desfavorável se deu devido a excludentes de nexo de causalidade.<sup>165</sup>

Existem autores que entendem a obrigação de resultado pela ótica da responsabilidade objetiva, em que não é preciso se provar a culpa do agente para configurar a sua responsabilidade, apenas demonstrando que o dano se deu devido à conduta do agente, estabelecendo dessa forma o nexo causal entre conduta e o respectivo dano, como Consuelo Taques Ferreira Salamacha que ensina que, quando estiver diante de uma obrigação de resultado, será aplicada a responsabilidade objetiva, sem necessidade de a vítima provar a culpa do profissional, mesma fórmula utilizada com os demais fornecedores regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo. Atlas, 2014, p. 69.

<sup>165</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 53.

<sup>166</sup> SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico: inversão do ônus da prova**. 4. ed. Curitiba. Juruá, 2016, p. 116.

Todavia, no REsp Nº 985.888 – SP, essa Corte Superior entendeu que a obrigação de resultado não é vislumbrada pela responsabilidade objetiva, mas sim, pela responsabilidade subjetiva, em que existe uma presunção de culpa por parte do agente e este para não ver configurada a sua responsabilidade, deve elidi-la comprovando que não teve culpa quando da ocorrência do dano. Assim, a questão da prova caberá ao médico e não ao paciente.<sup>167</sup>

Veja-se que o Código de Defesa do Consumidor<sup>168</sup> (Lei 8.078/91) trouxe algumas inovações, dentre as quais se inclui a consagração da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço (arts. 12 e 14 do CDC).<sup>169</sup>

A teoria da responsabilidade no que se refere a sua culpabilidade, no entanto, foi apontada pelo Código supracitado, em seu art. 14, §4º, onde dispõe que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”<sup>170</sup>.

Dessa forma, consoante leciona Rui Stoco, veja-se que “ampliou-se, para os profissionais da área médica, o espectro probatório, cabendo ao reclamante provar-lhe a culpa, ainda que o serviço prestado tenha supedâneo em contrato entre eles firmado”.<sup>171</sup>

Faz-se necessário ressaltar que essas exceções incluem somente os profissionais liberais, respondendo então os hospitais e quaisquer estabelecimentos de saúde de forma objetiva pelos atos de seus funcionários.

Ademais, Rui Stoco expõe, finalizando tal ponto, que “a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege Aquilia et levíssima culpa venit*), pois, em se tratando de vidas humanas, não há lugar para culpas ‘pequenas’”.<sup>172</sup>

---

<sup>167</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 54.

<sup>168</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2021.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> *Ibidem*.

<sup>171</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p. 539.

<sup>172</sup> *Ibidem*., *loc. cit.*

### 3.9 RESPONSABILIDADE CIVIL: LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 (CC/2002)

As relações consumeristas são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>173</sup>, Lei nº 8.078 de 11/09/1990, sendo assim sempre que houver uma relação de consumo entre o médico e o paciente, a ela será, obrigatoriamente, aplicada o CDC, respondendo o médico em caso de eventual erro, de maneira subjetiva, consoante art. 14, §4º do CDC<sup>174</sup>.

Noutro giro, quando o médico responde, fora de uma relação de consumo, será aplicado o Código Civil de 2002<sup>175</sup>, com fulcro nos seus artigos 186<sup>176</sup> e artigo 927, caput<sup>177</sup>. Veja-se que aqui a responsabilidade também será subjetiva, consoante artigo 186<sup>178</sup>, que trata da necessidade de culpa para responsabilização.

Dessa forma, o que diferencia a escolha das legislações é o tipo de relação existente entre o médico e o paciente, no entanto, veja-se que, nos casos em que o Código de Defesa do Consumidor é aplicado, têm-se uma maior probabilidade na inversão do ônus da prova. Sobre o assunto, observe-se o que diz a aludida legislação:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]  
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.<sup>179</sup>

Portanto, a responsabilização civil por um erro médico via Código de Defesa do Consumidor é muito mais vantajosa à vítima pelo fato de ter a seu favor a possibilidade de inversão do ônus da prova conforme valoração judicial, devendo o médico provar que o dano não ocorreu por sua culpa, ou que não houve nexo causal entre sua conduta e o resultado danoso.<sup>180</sup>

---

173 BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n.º 8.078. Senado. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2021.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

175 BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 56.

Tendo em vista tal facilidade, veja-se que é comum a tentativa de extrapolação da aplicação do Código de Defesa do consumidor para casos em que não existe uma relação de consumo, como por exemplo os casos em que os médicos atendem em hospitais públicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nesses casos é alegado que, como os hospitais são públicos, os médicos receberiam uma espécie de tributo indireto, surgindo então, uma relação de consumo. Todavia, observe-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se posicionou alegando que os recursos oriundos de tributos teriam por finalidade a manutenção do funcionamento da Administração Pública e não caráter consumerista nem de remuneração “indireta”, assim, não haveria aplicação do CDC e sim a aplicação do CC/2002.<sup>181</sup> Veja-se acórdão nesse sentido:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.471.694 - MG (2014/0188437-2)  
 RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES AGRAVANTE :  
 ANDRÉ EUZÉBIO DE FREITAS ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE DE  
 REZENDE AGRAVADO : MUNICÍPIO DE DIVINÓPOLIS ADVOGADO : SEM  
 REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS EMENTA PROCESSUAL CIVIL E  
 ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.  
 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUSÊNCIA DE  
 PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO  
 DOS DISPOSITIVOS TIDOS POR VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. SAÚDE.  
 SERVIÇO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE REMUNERAÇÃO DIRETA.  
 RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA 1. O prequestionamento  
 não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais  
 tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a  
 questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de  
 não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o  
 conhecimento do recurso. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 2. É  
 pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a simples  
 alegação genérica, desprovida da indicação de quais os dispositivos teriam  
 sido efetivamente violados pelo Tribunal de origem, não é suficiente para  
 fundar recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. 3. As  
 Turmas de Direito Público que integram esta Corte já se manifestaram no  
 sentido de inexistir qualquer tipo de remuneração direta no serviço de saúde  
 prestado por hospital público, posto que seu custeio ocorre por meio de  
 receitas tributárias, de modo que não há falar em relação consumerista ou  
 aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor à hipótese. 4.  
 Nesse sentido: REsp 1187456/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe  
 1º/12/2010; REsp 493.181/SP, 1ª Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, DJ  
 1º/2/2006. 5. Agravo regimental não provido.<sup>182</sup>

<sup>181</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 56.

<sup>182</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp nº 1.471.694 - MG**. Relator: Mauro Campbell Marques. Dje. 02 dez. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42443742&num\\_registro=201401884372&data=20141202&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42443742&num_registro=201401884372&data=20141202&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 11 nov. 2020.

No entanto, veja-se que quando um médico comete um erro, atuando em hospital privado, mesmo que o paciente fosse ali atendido pelo convênio do SUS, a responsabilização ocorre através do Código de Defesa do Consumidor, considerando a relação de consumo imposta pelo contexto da instituição privada que ele está vinculado. Observe-se que, independentemente de a instituição privada possuir modalidade filantrópica, por exemplo, e prestasse atendimento gratuito pelo SUS, ainda assim não seria afastada a relação de consumo, pois a instituição recebe remuneração indireta do SUS para prestar serviços em seu nome. Logo, a relação consumerista está caracterizada tendo em vista que não é a Administração Pública que está prestando os serviços médicos, e, sim uma entidade privada.<sup>183</sup> Portanto, o CDC deve ser o diploma legal a ser aplicado nesses casos, consoante julgado a seguir:

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.215.680 - MA (2009/0164987-1) RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI AGRAVANTE : CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL ADVOGADOS : JOSÉ MANUEL DE MACEDO COSTA FILHO E OUTRO(S) RENATA DE CASTRO VIANNA E OUTRO(S) AGRAVADO : MIRIAM TEIXEIRA MOTA FONTENELE ADVOGADO : ANA LUÍSA ROSA VERAS E OUTRO(S) EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS, HOSPITALARES, ODONTOLÓGICOS E JURÍDICOS AOS ASSOCIADOS. RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE TRATAMENTO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. VALOR ARBITRADO MODERADAMENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O STJ já decidiu ser irrelevante o fato de a recorrida ser uma entidade sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, se desempenha atividade no mercado mediante remuneração, para que seja considerada prestadora de serviços regida pelo CDC. 2. Segundo a jurisprudência do STJ gera dano moral a recusa injustificada da seguradora em cobrir o tratamento de saúde requerido pelo segurado. 3. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>184</sup>

<sup>183</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 58.

<sup>184</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AG n. 1.215.680 - MA** (2009/0164987-1). Relatora: Maria Isabel Gallott. Dje 03 out. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24709691&num\\_registro=200901649871&data=20121003&tipo=5&formato=P DF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24709691&num_registro=200901649871&data=20121003&tipo=5&formato=P DF)>. Acesso em 11 nov. 2020.

Finalmente, resta cristalino que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) será aplicado a relação jurídica consumerista gerada em casos na esfera de instituições privadas.

### 3.10 CONSENTIMENTO INFORMADO E A SUA APLICAÇÃO NO ERRO MÉDICO

O consentimento informado é considerado como um dos grandes problemas da relação médico-paciente hoje, visto que é justamente na fase pré-contratual que ocorrem a maior parte dos problemas decorrentes da necessidade plena de compreensão e consentimento pelo paciente.

Para que o paciente se torne parte ativa em seu tratamento, é necessário que o médico o informe acerca de eventuais riscos e complicações existentes em determinado tratamento para que, assim, ele possa assinar o consentimento. O Código de Ética Médica em vigor no país e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11/09/1990, impõem ao médico o dever de informação ao seu paciente sempre que a situação assim exigir.<sup>185</sup>

Pois bem. O Consentimento Informado livre e esclarecido não é apenas uma doutrina legal, mas um direito moral dos pacientes que gera obrigações para os médicos. Tal instituto traz um novo ideal de autonomia e racionalidade na prática médica, considerando que ele é um modelo de decisão baseado no princípio de respeito à autonomia do paciente<sup>186-187</sup>.

Ao longo da história da ética médica, os princípios de não-maleficência e de beneficência predominaram na relação paternalista médico-paciente, sendo assim, as

---

<sup>185</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 60-61.

<sup>186</sup> CLOTET, J. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. **Bioética**, n. 1, p. 51-59, 1995.

<sup>187</sup> GONZALÉZ, M. A. S. El Consentimiento Informado: Un derecho del enfermo y una forma distinta de tomar las decisiones. **Cuadernos del Programa Regional de Bioética**, 1996. Disponível em: <<http://www.colmed2.org.ar/images/code02.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

condutas dos médicos eram tidas como indiscutíveis, enquanto o paciente era sempre visto como frágil e passivo<sup>188</sup>.

Frente a esse confronto entre o princípio da beneficência e o princípio da autonomia, surgiu o consentimento informado, que é o direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre o tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica, sob pena de responsabilização civil<sup>189</sup>. O consentimento surgiu da ideia de que o ser humano é o fim em si mesmo, e não o meio nos processos de desenvolvimento científico, em função da sua autonomia enquanto ser racional. Além disso, ela decorre do princípio ético da autonomia e dos direitos humanos fundamentais<sup>190</sup>.

Sendo assim, o rechaço ao paternalismo médico demonstra a necessidade de se garantir o acesso ao conhecimento pelas pessoas em geral, independente das suas diferenças identitárias, que manifestam as suas vulnerabilidades. Dessa forma, a esfera que envolve a capacidade de informar e a de compreender, ganha espaço e passa a integrar as relações entre médicos e pacientes, tornando-se protagonista na aferição de possíveis responsabilidades pela ocorrência de um resultado danoso.<sup>191</sup>

O Consentimento Informado é a aceitação de uma intervenção médica por um paciente, de forma livre, voluntária e consciente, após sua compreensão das informações acerca da intervenção com seus possíveis riscos e benefícios, assim como sobre as alternativas possíveis com seus possíveis riscos e benefícios. É uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo para aceitação de um tratamento

---

<sup>188</sup> ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido**: uma abordagem principialista da relação médico - paciente. Tese. Doutorado em Saúde Pública. 132 f. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4428>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>189</sup> GOMES, Luiz Flávio. Não observação do princípio do consentimento informado, pode gerar responsabilidade civil. **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/76998/nao-observacao-do-principio-do-consentimento-informado-pode-gerar-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

<sup>190</sup> MALLARDI, V. The origin of informed consent. **Acta Otorhinolaryngol Ital.**, v. 25, n. 5, p. 312-27, 2005.

<sup>191</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Relação médico-paciente: Informação e compreensão como pressupostos fundamentais à prevenção de litígios. **Migalhas**. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/346654/relacao-medico-paciente-prevencao-de-litigios?s=WA>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

específico ou experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências<sup>192-193</sup>.

São necessários 04 (quatro) elementos para que o paciente possa assumir a condição de assinar o consentimento informado, tornando-o válido: o fornecimento de informações, a compreensão, a voluntariedade e o consentimento. Sendo assim, o paciente precisa dispor de informações suficientes, compreender a informação adequadamente, encontrar-se livre para decidir de acordo com seus próprios valores e ser competente para tomar a decisão em questão<sup>194-195</sup>.

É necessário aqui que a informação seja completa e adequada, se caracterizando como uma obrigação recíproca entre as partes e não apenas um dever meramente formal entre elas<sup>196</sup>. Para isso, é necessária a presença do elemento da compreensão entre o sujeito detentor do conhecimento técnico e o paciente como sujeito vulnerável, ou seja, além de informada e explicada, a informação deve ser dada em uma linguagem clara e acessível para que ela possa ser plenamente compreendida, visto a vulnerabilidade e possível dificuldade de compreensão por parte do paciente decorrentes da assimetria presente na relação médico-paciente.

Deve-se analisar, nesse sentido, a informação e a compreensão como fundamentos essenciais à conformação adequada da relação entre médicos e pacientes, a fim de prevenir demandas judiciais relacionadas à responsabilidade civil nessa área. O dever de informação recíproca entre as partes e o ato de compreender as informações devem ser requisitos complementares fundamentais à administração dos riscos que envolvem a relação médico/paciente e compõem uma atuação profissional preventiva

---

<sup>192</sup> GONZALÉZ, M. A. S. El Consentimiento Informado: Un derecho del enfermo y una forma distinta de tomar las decisiones. **Cuadernos del Programa Regional de Bioética**, 1996. Disponível em: <<http://www.colmed2.org.ar/images/code02.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

<sup>193</sup> CLOTET, J. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. **Bioética**, n. 1, p. 51-59, 1995.

<sup>194</sup> GONZALÉZ, M. A. S. *op.cit.* 1996.

<sup>195</sup> CLOTET, J. *op. cit.*, 1995.

<sup>196</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Relação médico-paciente: Informação e compreensão como pressupostos fundamentais à prevenção de litígios. **Migalhas**. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/346654/relacao-medico-paciente-prevencao-de-litigios?s=WA>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

no que tange as demandas judiciais futuras, além dessa atuação ser ética e humanizante.<sup>197</sup>

Veja-se que a compreensão apenas é constatada a partir de uma avaliação da autonomia do paciente e suas eventuais vulnerabilidades. Dessa forma, a informação garante a autonomia do paciente e do médico, sendo um dever do profissional. Já ao paciente, cabe informar seu histórico clínico, hábitos e estilo de vida.<sup>198</sup>

A informação, quando fornecida pelo médico, deve conter opções terapêuticas disponíveis, riscos do tratamento, ponderação quanto às vantagens e desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, revelação quanto aos prognósticos e ao quadro clínico e cirúrgico, assim como o detalhamento relacionado à situação clínica do indivíduo. Noutra giro, quando dada pelo paciente, ela é fundamental para construção adequada das decisões e sugestões médicas, tendo em vista a necessidade de relato do histórico clínico, sintomas, tratamento realizados, cirurgias e todas as informações de que tiver ciência relacionadas às suas condições de saúde.<sup>199</sup>

Beauchamp e Childress diferenciaram pessoas autônomas e ações autônomas, descrevendo a importância da informação, da autonomia e da capacidade de compreensão. Nesse sentido, uma ação autônoma deve ser intencional e livre de influências, pressupondo a compreensão de todas as informações.<sup>200</sup> Diante do exposto, a pura aferição da capacidade jurídica de um paciente não deve atestar a sua condição de autonomia.

Segundo jurisprudência consolidada pelo STJ, "haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica" e, além disso, "para

---

<sup>197</sup> MEIRELES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica. Prática médica e diretivas antecipadas de vontade: uma análise ético-jurídica da conformação harmônica entre os pressupostos autonomia e alteridade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 17 n. 3, set./dez. 2017.

<sup>198</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Relação médico-paciente: Informação e compreensão como pressupostos fundamentais à prevenção de litígios. **Migalhas**. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/346654/relacao-medico-paciente-prevencao-de-litigios?s=WA>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. **Principles of Biomedical Ethics**. New York. Oxford University Press, 1979, p.122.

validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado".<sup>201</sup>

Assim, a informação só tem sua finalidade alcançada se for devidamente compreendida pelo destinatário.<sup>202</sup>

Veja-se que não existem garantias de que o profissional de saúde consiga sempre aferir a condição de compreensão de cada paciente, mas, em grande parte das vezes, é a sua conduta que fará diferença quanto a essa possibilidade de compreender. O acolhimento do profissional, revelado pela construção de um diálogo personalizado, é capaz de propiciar a compreensão.<sup>203</sup>

Dessa forma, não basta "passar" a informação ao paciente, ela "deve ser construída dialogicamente e não unilateralmente", não cabendo ao profissional a simples tarefa de relatar os dados, mas a construção de uma comunicação acessível.<sup>204</sup>

Assim, apenas na esfera da vulnerabilidade, onde estão as motivações capazes de impedir a concretização da compreensão, é que se pode pensar no desenvolvimento do sentido adequado de autonomia e da legitimidade dos consentimentos escritos.<sup>205</sup>

A informação ao paciente deve ser documentalmente comprovada, da forma mais completa possível, e a não comprovação da existência do consentimento informado pode caracterizar agir culposo do médico com negligência no ato de esclarecer o paciente, tanto na esfera judicial como ética<sup>206</sup>.

Ante o exposto, consoante Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, se trata de um documento no qual o paciente ou seu representante legal toma conhecimento de sua doença e chances de reversibilidade dela, alternativas de

---

<sup>201</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.540.580 - DF** (2015/0155174-9). Relator: Lázaro Guimarães. Dje. 04 set. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621592003/recurso-especial-resp-1540580-df-2015-0155174-9/relatorio-e-voto-621592021>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

<sup>202</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Relação médico-paciente: Informação e compreensão como pressupostos fundamentais à prevenção de litígios. **Migalhas**. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/346654/relacao-medico-paciente-prevencao-de-litigios?s=WA>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>203</sup> *Ibidem*.

<sup>204</sup> FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato. **Bioética e Biodireito**. 4.ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2018, p.108.

<sup>205</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *op. cit.* 2021.

<sup>206</sup> CAVALCANTI, M. A. Consentimento Informado: Por quê e Como? **Rev. Soc. Bras. Cir. Plást.**, v. 20, n. 4, p. 241-244, 2005.

tratamento, efeitos adversos esperados e prognósticos. Esse documento é lido e assinado pelo médico e pelo paciente, no momento de seu diagnóstico, pactuando a conduta a ser tomada. Termos de Consentimento Informado também devem ser assinados sempre que houver alguma situação na qual seja necessária a anuência do paciente para a realização de procedimentos invasivos ou alteração de conduta previamente combinada. Através desses documentos, são formalizados pactos entre médico e paciente quanto ao tratamento e seus riscos. O médico sai de sua posição de absoluta supremacia na decisão do destino do paciente e partilha, com ele, expectativas e receios.<sup>207</sup>

Sendo assim, ele é um instrumento que visa suprir as informações sobre eventuais riscos nos procedimentos e é considerado um pré-requisito na relação médico-paciente na prática da medicina contemporânea, inclusive pelo Poder Judiciário. O Consentimento Informado é considerado pelos Tribunais como um ato de boa-fé objetiva e cautela dos médicos. Todavia, sua não utilização não é bem-vista, sendo considerado negligência no exercício profissional, tendo em vista que o paciente não estaria a par das informações sobre seu tratamento, sendo passível de responsabilização civil. Portanto, o Consentimento Informado deve ser diário por parte do médico, permitindo dessa forma uma proatividade do paciente na sua própria terapêutica.<sup>208</sup> Além disso, a falta de compreensão adequada do termo de consentimento informado é considerada a maior causa de proposituras de demandas judiciais para responsabilização de profissionais de saúde.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. **Bioética e Medicina. Comissão de Bioética do CREMERJ**. Rio de Janeiro. Navegantes, 2006, p. 79.

<sup>208</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 60-61.

<sup>209</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Relação médico-paciente: Informação e compreensão como pressupostos fundamentais à prevenção de litígios. **Migalhas**. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/346654/relacao-medico-paciente-prevencao-de-litigios?s=WA>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

#### 4 OS IMPACTOS DA INDÚSTRIA DA MEDICAL MALPRACTICE: A VULNERABILIDADE DO MÉDICO

A industrialização do erro médico de maneira indenizatória teve início com a fomentação causada pela imprensa sensacionalista que incentiva a sociedade a adentrar com processos, muitas vezes, desnecessários.<sup>210</sup>

Dessa forma, o erro médico atingiu um novo patamar no território brasileiro, visto que tal “indústria” passou a amedrontar os médicos no exercício de sua profissão, considerando a eminente ameaça a um eventual processo judicial.<sup>211</sup>

A indústria do erro médico no Brasil pode ser definida como a “indústria do dano”, considerando que ela é baseada pela busca incansável e, por vezes, desnecessária, da prestação jurisdicional por indivíduos que alegam danos e pedem indenizações, muitas vezes infundadas, em busca de “dinheiro fácil”<sup>212</sup>.

Em que pese a quantidade de processos judiciais contra médicos, têm-se uma baixa estatística no que se refere as condenações. Veja-se que 75% (setenta e cinco por cento) das demandas são julgadas improcedentes, ou seja, a cada quatro médicos, três deles são processados injustamente<sup>213</sup>.

Todavia, ocorre que o resultado favorável do processo não traz necessariamente um ganho ao profissional médico, considerando que na grande parte das vezes o profissional acaba por desembolar quantias próximas a 25 (vinte e cinco) mil reais com despesas processuais, custas, honorários de peritos, honorários advocatícios, dentre outros.<sup>214</sup>

Além disso, essas despesas ainda podem ser oneradas por conta da aplicação do Código de Defesa do Consumidor que permite, por exemplo, que o paciente/autor

---

<sup>210</sup> JOSEF, H. *apud* CARVALHO, Bruno Ramalho de. *et al.* Erro Médico: implicações éticas, jurídicas e perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Ciências Médicas**, v. 15, n. 6, nov./dez. Campinas, 2006, p. 539-545.

<sup>211</sup> *Ibidem. loc. cit.*

<sup>212</sup> BERNARDES, Amanda. O médico e a indústria do dano. **Revista Jus Navigandi**. ano 21, n. 4738, ISSN 1518-4862. Teresina, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36673/o-medico-e-a-industria-do-dano>>. Acesso em: 25 maio 2021.

<sup>213</sup> COLTRI, Marcos Vinícius. O médico e o custo para provar sua inocência. **SaúdeJur**. 2013. Disponível em: <<https://saudejur.com.br/o-medico-e-o-custo-para-provar-a-sua-inocencia/>>. Acesso em: 25 maio 2021.

<sup>214</sup> *Ibidem.*

distribua a ação no endereço de sua residência e não onde ocorreu o atendimento médico, o que torna as diligências necessárias no decorrer do processo ainda mais custosas em razão da distância.<sup>215</sup>

Dessa forma, veja-se que mesmo obtendo um resultado favorável, por muitas vezes esses profissionais não conseguem reaver o montante gasto em razão do benefício da justiça gratuita concedido ao paciente/autor, isso sem mencionar o desgaste psicológico que o processo pode vir a causar, que nunca será remediado.<sup>216</sup>

Pode-se dizer que a vítima da “indústria do erro médico” não é apenas o profissional médico, mas toda sociedade brasileira que acaba por ver seus tribunais recebendo uma grande quantidade de demandas infundadas, que congestionam o Poder Judiciário e colaboram para a morosidade de um sistema que já está sobrecarregado.<sup>217</sup>

De acordo com dados fornecidos pelo CNJ em 2011, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) concentrava quase metade de todas as demandas relacionadas a saúde do país, cerca de 113.953 (cento e treze mil e novecentos e cinquenta e três) ações judiciais.<sup>218</sup>

Logo após tínhamos o estado de São Paulo (TJSP) com 44.690 (quarenta e quatro mil, seiscentos e noventa) ações. Além disso, o Rio de Janeiro (TJRJ) possuía 25.234 (vinte e cinco mil, duzentos e trinta e quatro) ações em tramitação, o Ceará (TJCE) 8.344 (oito mil, trezentos e quarenta e quatro) ações, Minas Gerais (TJMG) com 7.915 (sete mil, novecentos e quinze) ações e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4), que corresponde aos estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina, tramitavam 8.152 (oito mil, cento e cinquenta e duas) ações. Dessa forma,

---

<sup>215</sup> COLTRI, Marcos Vinícius. O médico e o custo para provar sua inocência. **SaúdeJur**, 2013. Disponível em: <https://saudejur.com.br/o-medico-e-o-custo-para-provar-a-sua-inocencia/>. Acesso em: 25 maio 2021.

<sup>216</sup> *Ibidem*.

<sup>217</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p.14.

<sup>218</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde**. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em 25 maio 2021.

no Brasil havia cerca de 240.980 (duzentos e quarenta mil, novecentos e oitenta) processos judiciais na área de saúde, naquele ano<sup>219</sup>.

No mais, analisando os processos em segunda instância, que versam acerca do erro médico, o Rio de Janeiro se encontrava em primeiro lugar com 25,69% (vinte e cinco vírgula sessenta e nove por cento) dos recursos, seguido de São Paulo com 19,27% (dezenove vírgula vinte e sete por cento) e, por fim, o estado do Rio Grande do Sul com 15,92% (quinze vírgula noventa e dois por cento) das demandas<sup>220</sup>.

Em relação aos autores das ações sobre erro médico, 61,72% (sessenta e um vírgula setenta e dois por cento) são mulheres e 38,27% (trinta e oito vírgula vinte e sete por cento) são homens. Noutro giro, no que tange aos médicos processados, 93,5% (noventa e três vírgula cinco por cento) são homens e 6,5% (seis vírgula cinco por cento) mulheres. Além disso, mais de 70% (setenta por cento) dos médicos processados se encontram na quinta década de vida e na terceira década de atividade profissional. E, finalmente, das 5 (cinco) especialidades mais processadas no país, em 1º (primeiro) lugar está a Ginecologia/Obstetrícia, com 42,60% (quarenta e dois vírgula sessenta por cento) dos totais de processos, em 2º (segundo) lugar a Ortopedia/Traumatologia, com 15,95% (quinze vírgula noventa e cinco por cento), em 3º (terceiro) lugar a Cirurgia Plástica, com 7% (sete por cento), em 4º (quarto) lugar a Cirurgia Geral, com 7% (sete por cento) e em 5º (quinto) lugar a Clínica Médica, com 6% (seis por cento)<sup>221</sup>.

Atualmente, 7% (sete por cento) dos médicos brasileiros respondem a processos. Um levantamento da ANADEM, publicado pela SBCP constatou que 26% (vinte e seis por cento) dos cirurgiões plásticos respondem a processos indenizatórios, existindo uma curva ascendente desses processos ao longo dos anos<sup>222</sup>.

Conclui-se com os dados anteriores que a “indústria do erro médico” no Brasil tem ganhado espaço e força nas últimas décadas o que demonstra a necessidade da

---

<sup>219</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em 25 maio 2021.

<sup>220</sup> CANAL, Raul. Seguro de responsabilidade civil da medicina. **Linkedin**, 2016. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/seguro-de-responsabilidade-divil-na-medicina-edwaldo-russell>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

<sup>221</sup> *Ibidem*.

<sup>222</sup> CANAL, Raul. Os desafios do cirurgião plástico contra a crescente judicialização da medicina. **Revista Plástica Paulista**, ano 16, n. 62, jan./fev./mar. 2017, p.16.

busca de políticas e meios visando desestimular a sobrecarga do sistema e ajudar os profissionais de saúde no que tange a enxurrada de processos infundados e inconsistentes<sup>223</sup>.

#### 4.1 A “MEDICINA DEFENSIVA” E SUA ONEROSIDADE PARA O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E PARA A SAÚDE SUPLEMENTAR

Tendo em vista a popularização e crescimento da “indústria” do erro médico, muitos profissionais atuam amedrontados com a possibilidade de um eventual futuro processo judicial. Dessa forma, visando sua proteção, eles atuam praticando a chamada “medicina defensiva”<sup>224</sup>.

Basicamente, a medicina defensiva é constituída de elementos presentes no dia a dia da prática médica, mas que, contudo, não produzem benefícios aos pacientes. Em suma, ela é uma espécie de escudo criado pelos médicos e instituições médicas para evitar reclamações de má-prática e consequentes demandas judiciais<sup>225</sup>.

No caso, além da responsabilidade que o médico deve ter de realizar um diagnóstico e tratamento eficaz, acaba por acontecer um zelo exacerbado que se caracteriza como a “medicina defensiva”. Esse zelo fica evidente na solicitação exagerada de exames pelo médico, a fim de comprovar de maneira documental o seu diagnóstico ou suspeita clínica, para gerar provas a seu favor em caso de futura demanda<sup>226</sup>.

Tal cautela pode soar positiva, pois promoveria uma investigação aprofundada das patologias dos doentes, mas de fato não é.<sup>227</sup>

De maneira a exemplificar, imagine um caso hipotético de um paciente com uma suspeita de apendicite aguda em um hospital público. Ao exame físico do paciente, o cirurgião identifica o sinal de Blumberg positivo, compatível com a apendicite aguda.

---

<sup>223</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 16.

<sup>224</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>225</sup> RUBIM, Robert. *apud*. GOMES Júlio César Meirelles. *et al.* **Erro Médico**. 2. ed. São Paulo. Unimontes, 2000, p. 184.

<sup>226</sup> HEISLER, Roger. *op. cit.* 2018.

<sup>227</sup> *Ibidem*.

Veja-se que apenas pelo exame físico do paciente já seria possível o diagnóstico de apendicite aguda, considerando que essa patologia, conforme a literatura médica internacional, possui um diagnóstico clínico, através da anamnese e do exame físico<sup>228</sup>.

No entanto, a fim de gerar uma prova documental do seu diagnóstico clínico, o cirurgião solicita uma tomografia com contraste intravenoso de abdômen, exclusivamente com intuito de proteger-se do ponto de vista legal.<sup>229</sup>

Veja-se que se o médico cirurgião tivesse indicado a apendicectomia sem realizar a tomografia abdominal confirmatória e durante a cirurgia constatasse que o apêndice está “normal”, acabaria por gerar no paciente e membros da família, desconfiança e questionamentos acerca de sua prática profissional, abrindo a possibilidade para a distribuição de um processo judicial contra o cirurgião por um suposto erro.<sup>230</sup>

Por outro lado, é importante lembrar que o exame de tomografia produz radiação nociva ao paciente, portanto, ela deve ser indicada apenas quando necessária. Assim, a tomografia que no caso era dispensável ao diagnóstico, acarretou num prejuízo à saúde do paciente que acabou sendo irradiado desnecessariamente em prol de um diagnóstico, que já seria possível apenas pelo exame físico<sup>231</sup>.

No mais, a realização de tais exames impacta diretamente no aumento de custos financeiros desnecessários para o Sistema Único de Saúde (SUS) que consoante amplamente divulgado, já estão em escassez. Dessa forma, salienta-se que se não existisse a judicialização da medicina, o diagnóstico clínico seria suficiente para indicação da cirurgia de apendicectomia ao paciente, se fazendo desnecessário gastos com exames ao SUS, assim como a irradiação do paciente através de um exame dispensável<sup>232</sup>.

Ante o exemplo exposto, a medicina defensiva nos leva a presumir outros interesses que induzem o médico a solicitar mais exames do que o mínimo necessário visando

---

<sup>228</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 17.

<sup>229</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>230</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>231</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>232</sup> *Ibidem, loc. cit.*

cercar-se de todas as garantias contra possíveis insatisfações e desacertos ocasionais de diagnósticos e/ou tratamentos<sup>233</sup>.

O Ministro da Saúde de 2017, Ricardo Barros, afirmou em uma entrevista que os médicos brasileiros estavam solicitando exames de maneira exacerbada e de forma desnecessária. Porém, é quase lógico que isso venha a ocorrer de forma reflexa à grande judicialização da medicina no Brasil. Logo, o que deve ser combatido, na verdade, é o problema originário, no caso, a judicialização desenfreada da medicina, que diminuiria a solicitação de exames médicos desnecessários pelo SUS:

Exames com resultado normal são "desperdício" para o SUS, diz ministro da Saúde. [...] O ministro da Saúde, Ricardo Barros, afirmou que "80% dos exames de imagem no SUS (Sistema Único de Saúde) têm resultado normal" e que isso representa 'desperdícios que precisam ser controlados' [...]<sup>234</sup>.

Noutro giro, os planos de saúde (saúde suplementar) também acabam sendo impactados. E, como forma de combater tal prática, alguns planos de saúde adotam a política de auditorias internas prévias a liberação da realização de determinados exames, em atenção as regras impostas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)<sup>235</sup>.

Todavia, a consequência dessas auditorias é o encarecimento, de forma indireta, das mensalidades dos planos de saúde, nas quais os custos desses exames são incorporados, fazendo com que apenas uma pequena parcela da população brasileira tenha condições financeiras de suportar a manutenção de um plano de saúde privado atualmente<sup>236</sup>.

De acordo com Júlio César Meirelles Gomes, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso de França, a medicina defensiva pode ferir a relação médico-paciente visto que ela desvirtua o caráter de parceria natural entre eles. Então, enxergar o paciente ou considerá-lo, a priori, como inimigo potencial ou reclamante futuro, é lesar por antecipação uma relação singular de beneficência gratuita e espontânea. Isto

<sup>233</sup> GOMES, Júlio César Meirelles. *et al.* **Erro Médico**. São Paulo. Unimontes, 2000, p. 183.

<sup>234</sup> SENRA, Ricardo. Exames com resultado normal são "desperdício" para o SUS, diz Ministro da Saúde. **UOL Notícias**, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/bbc/2017/04/08/exames-com-resultado-normal-sao-desperdicio-para-o-sus-diz-ministro-da-saude.htm>>. Acesso em: 21 set. 2017.

<sup>235</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 18.

<sup>236</sup> *Ibidem, loc. cit.*

significa interpor entre as partes um clima incompatível com a relação fraterna da medicina<sup>237</sup>.

Dessa forma, conclui-se que a “medicina defensiva” é um reflexo do comportamento da própria população frente aos médicos. Sendo assim, a implementação de políticas públicas a fim de desestimular a judicialização da medicina seria a melhor opção para a diminuição de exames desnecessários, tanto no SUS como na saúde suplementar, diminuindo, conseqüentemente, a necessidade de tributos para manter o SUS, e, no caso dos planos de saúde, a possibilidade de planos com mensalidades mais acessíveis para a população brasileira.<sup>238</sup>

#### 4.2 TRANSFORMAÇÕES ADMINISTRATIVAS DENTRO DO PODER JUDICIÁRIO A FIM DE ADAPTAR ESSE PODER AO SIGNIFICATIVO AUMENTO DE DEMANDAS NA ÁREA MÉDICA E DA SAÚDE

O Poder Judiciário em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da edição de Atos Administrativos, vem trazendo uma série de mudanças administrativas que visam a sua preparação frente ao aumento significativo de demandas judiciais no âmbito da saúde no país.<sup>239</sup>

Dentre os atos administrativos, destacam-se as Portarias, as Resoluções e as Recomendações. Primeiramente, faz-se necessário conceituar cada um desses institutos. A Portaria editada pelo CNJ se trata de um ato emanado pelo Presidente, Corregedor Nacional de Justiça, Secretário-Geral ou Diretor-Geral. Além disso, ela é considerada um ato administrativo interno, ou seja, aquele que apenas atinge e obriga a Administração Pública e teria por objetivo regular assuntos concernentes à administração, além de orientar servidores na aplicação de textos legais e de disciplinar matéria não regulada em lei<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> GOMES, Júlio César Meirelles. *et al.* **Erro Médico**. São Paulo. Unimontes, 2000, p. 184.

<sup>238</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 22.

<sup>239</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>240</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

No que tange a Resolução, trata-se de ato normativo de competência do Plenário do CNJ, com a finalidade de estabelecer normas gerais no âmbito do Poder Judiciário, sendo dotada de caráter vinculante e geral e possuindo efeitos internos ou externos. Dessa forma, as Resoluções podem atingir tanto a Administração Pública quanto particulares, diferentemente da Portaria, que só atinge a Administração Pública<sup>241</sup>.

Finalmente, a Recomendação é um ato de competência do Plenário, destinado ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário, bem como à garantia da autonomia, da transparência e da eficiência da gestão. Veja-se que ela não possui poder vinculante e obrigacional, visto que a recomendação visa a adoção de medidas a fim de melhorar a gestão, que no caso presente seria a do Poder Judiciário<sup>242</sup>.

Pois bem, a Justiça brasileira está sendo obrigada a adaptar sua gestão interna frente ao aumento de demandas da área da saúde, nas quais o tema do erro médico tem destaque especial.<sup>243</sup>

Em primeiro lugar, em novembro de 2009, foi editada a Portaria nº 650/2009 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a seguinte ementa: “Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”<sup>244</sup>. Como resultado do trabalho desse grupo, o CNJ emitiu a Recomendação nº 31 de março de 2010, com a seguinte ementa: “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”<sup>245</sup>.

Mais, com a edição do item I, a) da Recomendação nº 31/2010, o CNJ reconheceu a complexidade e a necessidade de apoio técnico especializado de médicos e de farmacêuticos para que tais demandas em saúde possam ser julgadas por magistrados de forma mais embasada do ponto de vista técnico, proporcionando

---

<sup>241</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 24.

<sup>242</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>243</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>244</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria 650/2009**. Brasília/DF. 2009. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/695>>. Acesso em: 18 maio 2021.

<sup>245</sup> *Idem*. Atos Administrativos. **Recomendação n.º 31**. Brasília/DF. 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>>. Acesso em: 18 maio 2021.

decisões judiciais mais justas e efetivas para casos concretos, por isso da necessidade da formação dos ditos “convênios”<sup>246</sup>.

Outrossim, os itens I, c) e II, a) da Recomendação nº 31/2010 demonstram a importância e magnitude que o tema da judicialização da medicina e da saúde estão impondo ao Poder Judiciário, de modo que inclusive o próprio CNJ sugere que o ensino preparatório da magistratura nas principais escolas do país venha a mudar a fim de incluir o direito sanitário, que abrange o direito médico, para a preparação dos magistrados em relação as demandas em saúde, além, de a Recomendação sugerir que tal tema comece a ser exigido nas provas de ingresso à magistratura<sup>247</sup>.

O CNJ editou em 2010 a Resolução nº 107 que cria o “Fórum da Saúde” no âmbito do Poder Judiciário. Tal resolução “institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”, com o intuito de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. Para organização desse Fórum, o CNJ editou a Portaria nº 70 de 30/04/2013 que “cria o Comitê Organizador do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”<sup>248</sup> que posteriormente foi substituída pela Portaria nº 40 de 25/03/2014 com teor similar<sup>249</sup>.

Em 2013, o CNJ editou a Recomendação nº 43 com a seguinte ementa: “Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar”<sup>250</sup>.

Com essa Recomendação, o CNJ reconhece e sugere que já é o momento para haver no âmbito do Poder Judiciário Varas especializadas no direito à saúde, em vista da

---

<sup>246</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 25.

<sup>247</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. **Recomendação n.º 31**. Brasília/DF. 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>>. Acesso em: 18 maio 2021.

<sup>248</sup> *Idem*. **Portaria n.º 70/2013**. Brasília/DF. 2013, p. 15. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1738>>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>249</sup> HEISLER, Roger. *op. cit.*, 2018, p.24.

<sup>250</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. **Recomendação n.º 43**. Brasília/DF. 2013. p. 2. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1823>>. Acesso em: 19 set. 2017.

grande quantidade de demandas e da alta complexidade do tema. Note-se que essa recomendação dá maior ênfase em demandas oriundas da saúde pública, mas não nega que as demandas da saúde suplementar também devam ser valorizadas<sup>251</sup>.

Por tratar-se apenas de uma Recomendação e não de uma Resolução, o CNJ apenas sugere, mas não obriga a implementação da proposta.

Além disso, o Fórum da Saúde do Judiciário, criado pela Resolução n.º 107/2010, promoveu a II Jornada de Direito da Saúde, em 2015, que resultou no enunciado 59 que prevê que “as demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências”<sup>252</sup>.

O CNJ emitiu a Resolução CNJ n.º 238 de 06/09/2016 com a seguinte ementa: “Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública”<sup>253</sup>.

Tal resolução traz diversos pontos relevantes, entre eles a Criação de Comitês Estaduais de Saúde compostos por magistrados com a função de organizar a criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituídos por profissionais da Saúde para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, a fim de qualificar as decisões de magistrados do ponto de vista técnico nas demandas de saúde<sup>254</sup>.

Conforme a evolução do trabalho desses núcleos (NAT-JUS), os tribunais formariam bancos de dados em sítios eletrônicos com os pareceres dos profissionais de saúde que pudessem ser acessados conforme a conveniência dos magistrados. Essa mesma resolução também prevê que Tribunais Estaduais e Federais, nas Comarcas

---

<sup>251</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 25.

<sup>252</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado n.º 59**. I Jornada de Direito da Saúde: A Justiça faz bem à Saúde. 2015. Disponível em: <<http://saude.mppr.mp.br/pagina-874.html>>. Acesso em: 19 maio 2021.

<sup>253</sup> *Idem*. Atos Administrativos. **Resolução n.º 238**. Brasília/DF. 2016, p. 8-9. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>>. Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>254</sup> HEISLER, Roger. *op. cit.* 2018, p. 27.

ou Seções Judiciárias, onde houver mais de uma vara de Fazenda Pública, promoverão a especialização de uma das varas em matéria de saúde pública<sup>255</sup>.

Desta forma, nota-se a sistemática que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem adotando através de Atos Administrativos a fim de preparar o Poder Judiciário, do ponto de vista de gestão interna, para a realidade da judicialização da medicina e da saúde, que tem alcançado níveis grandiosos de demandas nos tribunais brasileiros<sup>256</sup>.

#### 4.3 O MÉDICO E SUA VULNERABILIDADE NO CASO CONCRETO

A medicina lida diariamente com a subjetividade, imprevisibilidade e complexidade e, apesar do paciente ser considerado um consumidor e, portanto, vulnerável, nota-se que o profissional da saúde, também pode, em algumas situações específicas, apresentar condições de vulnerabilidade<sup>257</sup>.

Faz-se necessário salientar que, apesar do Código de Defesa do Consumidor enxergar a relação médico-paciente como uma relação de fornecedor e consumidor, o médico, por se tratar de profissional liberal, possui uma responsabilidade subjetiva. Ou seja, necessita-se da análise de sua culpa no caso concreto, cabendo ao paciente demonstrá-la<sup>258</sup>.

Frise-se que o médico dificilmente obtém sucesso em todos os tratamentos que desenvolve uma vez que, mesmo diante de quadros patológicos idênticos, não há garantias de que organismos diferentes terão a mesma resposta. Dessa forma, é de relevância ao presente estudo, visto o contexto de subjetividade que envolve o organismo humano e suas diferentes reações, a análise concreta de cada caso<sup>259</sup>.

---

<sup>255</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p. 27.

<sup>256</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>257</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

<sup>258</sup> *Ibidem*.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

Como exemplo de um caso em que fora alegado erro médico pela paciente, no entanto, tratava-se de uma condição orgânica do corpo da autora, veja-se a ementa abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Erro médico. Autora submetida a diversas curetagens. Hipótese em que a prova pericial constatou que o problema de perdas gestacionais estava vinculado à própria condição orgânica do corpo da autora, e não do tratamento que lhe foi dispensado. Necessidade de ser re-curetada em duas situações que restou justificada - Ausência de responsabilidade da ré. Ação improcedente. Recurso desprovido.<sup>260</sup>

A perícia do caso em comento constatou que as próprias condições fisiológicas da paciente originaram os abortos e a necessidade de re-curetagem, de modo que não houve contribuição da equipe médica ao evento danoso, não havendo qualquer possibilidade de atribuição de responsabilidade:

O I. Perito constatou que “da análise dos documentos e da consulta, ficou claro que o problema das perdas gestacionais está vinculado à etiologia cromossômica, e que as múltiplas curetagens podem determinar a Síndrome de Asherman, que é o colobamento as paredes uterinas com sinéquias. Quanto à necessidade de ser re-curetada em duas situações, se justifica pela deformidade do útero caracterizada na histeroscopia [...]. Assim sendo, não há que se falar em má prática médica, ou negligência, ou imperícia. As ocorrências foram fruto das condições orgânicas anatômicas da autora, nada havendo a se questionar das equipes médicas, exceto os aspectos de natureza humanística que devem nortear as relações interpessoais, principalmente em situações de fragilidade em que se encontrava a paciente.” (fl. 347-348).<sup>261</sup>

O caso acima demonstra a exposição constante dos profissionais médicos a reações e características próprias de cada organismo, sendo impossível que a subjetividade que as características fisiológicas que cada ser humano apresenta sejam considerados má prática médica<sup>262</sup>.

Noutro giro, observe-se que cirurgias de emergência são situações imprevisíveis que sujeitam o médico a desempenhar sua função da melhor forma que lhe será permitida de acordo com a urgência e as condições do local de atendimento do momento. É o caso de uma intervenção médica, correta tecnicamente, quando ela se fazer

<sup>260</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL: 202734220068260405 SP 0020273-42.2006.8.26.0405**. Relator: Rui Cascardi. Julg. 07 ago. 2012, 1 Câmara de Direito Privado. Dje 09 ago. 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22154857/apelacao-apl-202734220068260405-sp-0020273-4220068260405-tj-sp/inteiro-teor-110560028>>. Acesso em: 10 maio 2021.

<sup>261</sup> *Ibidem*.

<sup>262</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde**. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

necessária, mesmo que o paciente não esteja em condições de manifestar seu consentimento<sup>263</sup>.

Veja-se ementa que retrata caso em que durante uma cirurgia de urgência, os médicos viram a necessidade de retirar o rim esquerdo do paciente, sem consentimento dele ou de algum representante:

DANOS MORAIS - Inocorrência - Erro médico - Provas, suficiente a demonstrar que o autor foi submetido a cirurgia de emergência com intervenção adequada ao caso concreto - Rim esquerdo do paciente que se encontrava comprometido, que justificou sua retirada - Alegação de que não foi informado que da intervenção cirúrgica, resultou, inclusive, da retirada de seu rim esquerdo, não traduz nexos causal a amparar a pretensão indenizatória formulada - Dor moral não configurada - Desatendida a regra do artigo 333,1, do CPC - Procedência da ação - Inadmissibilidade - Sentença mantida - Recurso improvido. CPC.<sup>264</sup>

No caso acima, o paciente veio a pleitear demanda indenizatória por não ter consentido com determinado procedimento, ainda que a retirada do órgão tenha sido efetuada com sucesso e em prol de sua saúde. Veja-se transcrição de parte do voto condutor:

A lamentável necessidade da cirurgia, culminando com a retirada de seu rim esquerdo, não pode ser imputada como erro, tendo sido realizados todos os procedimentos que estavam ao alcance do quadro clínico do apelante. Em que pese à resistência oposta pelos autores, ficou cabalmente demonstrado, que o lamentável evento só ocorreu porque o apelante apresentou histórico de traumatismo por queda [...]. Assim, a retirada do rim esquerdo não se mostrou equivocada, mas ao contrário, necessária. [...] Destarte, as provas, são uníssonas a demonstrar que o autor foi submetido a cirurgia de emergência com intervenção adequada ao caso concreto<sup>265</sup>.

Como observado pelo Magistrado, apesar de não ter havido consentimento informado, não há como detectar erro médico em situações como a supracitada, uma vez que existem casos de emergência que requerem que medidas igualmente urgentes sejam tomadas pelos profissionais de saúde, as quais, muitas vezes, a demora pode representar danos irreversíveis à vida do paciente.

O erro de diagnóstico é outro fator importante nesse contexto. Como já considerado, a ciência não tem todas as respostas necessárias à cura da enfermidade que acomete o paciente ou, ainda, um diagnóstico infalível. Dito isso, em se tratando de

---

<sup>263</sup> GARCEZ NETO, Martinho. *apud*. CARVALHO, Martinho Garcez Neto. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005, p. 85.

<sup>264</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL nº 994040788210**. Relator: Salles Rossi. Oitava Câmara de Direito Privado. Julg. 14 abr. 2010. Dje. 22 abr. 2010. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9066760/apelacao-apl-994040788210-sp/inteiro-teor-102735362>>. Acesso em: 25 maio 2021.

<sup>265</sup> *Ibidem*.

diagnósticos, o médico somente será responsabilizado em casos em que fora comprovada sua culpa:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO - CULPA PROFISSIONAL NÃO CARACTERIZADA - CONDOTA COMPATÍVEL COM A QUE SE ESPERA DE UM PROFISSIONAL DE RAZOÁVEL HABILIDADE E PRUDÊNCIA - DIAGNOSE COMPATÍVEL COM OS PADRÕES DA CIÊNCIA MÉDICA - RECURSO IMPROVIDO. [...] As limitações da ciência médica - que é falível -, decorrentes da condição humana de seus profissionais e de infinita variabilidade de seu objeto (o organismo humano), tornam delicada a operação de diagnóstico, o qual nem sempre pode ser feito com a precisão idealizada. Por conta disso, o erro de diagnóstico não se traduz, necessariamente, em imperícia, salvo se houver erro grosseiro e injustificável, que se distancie do padrão de conduta de um médico de razoável prudência e habilidade<sup>266</sup>.

A ré da ação acima, uma médica, cometeu um equívoco e não reconheceu um quadro de apendicite no qual se encontrava o demandante – este sendo representado legalmente pela mãe. Na época do exame, os sintomas apresentados pelo paciente não levavam ao diagnóstico de apendicite:

As limitações da ciência médica – que é falível –, decorrentes da condição humana de seus profissionais e de infinita variabilidade de seu objeto (o organismo humano), tornam delicada a operação de diagnóstico, o qual nem sempre pode ser feito com a precisão idealizada. Por conta disso, o erro de diagnóstico não se traduz, necessariamente, em imperícia, salvo se houver erro grosseiro e injustificável, que se distancie do padrão de conduta de um médico de razoável prudência e habilidade. [...] Imperioso tomar-se em conta, assim, que, em 15 de setembro, o apelante não apresentava febre, nem dificuldade de deambular (além do que há expresso registro médico em 16 de setembro de “aumento de dor abdominal”), sintomas esses que, sim, levaram o pediatra subscritor do documento de fl. 32 ao diagnóstico de apendicite.<sup>267</sup>

A essa altura, mediante a grande importância do diagnóstico no tratamento de qualquer patologia, vale destacar a vulnerabilidade médica mediante ele. Veja-se que é a diagnose que define a conduta que o médico deverá escolher para o tratamento ou procedimento. Dessa forma, ainda que o médico tenha interpretado de maneira correta as informações de um exame diagnóstico, existe a falibilidade humana e a imprecisão da própria ciência<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **APL n.º 2008.014611-1**. Relator: Jaime Luiz Vicari. Segunda Câmara de Direito Civil. Julg. 27 jul. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6548111/apelacao-civel-ac-146111-sc-2008014611-1>>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>267</sup> *Ibidem*.

<sup>268</sup> ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. Tese. Graduação em Direito. 63 f. Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018.

#### 4.4 A VULNERABILIDADE MÉDICA NO CONTEXTO PANDÊMICO ATUAL BRASILEIRO

O contexto atual, que teve início a partir da disseminação do vírus da COVID-19, acarretou um período caótico e preocupante para os médicos e pacientes, principalmente dado ao desconhecimento científico acerca dos avanços, consequências e tratamentos contra o referido vírus, visto que, apesar dos grandes esforços da comunidade científica, ainda não se constatou alternativas terapêuticas totalmente eficazes ao vírus, o que revela uma nova condição paradigmática, agravada pelas desigualdades sociais, a falta de acesso a direitos básicos e fundamentais, além da grande ineficiência por parte do Estado.<sup>269</sup>

Tal crise científica acarreta a necessidade de atuação do Estado, através de políticas públicas dos poderes executivo e legislativo, além da atuação efetiva do poder judiciário, visando minorar as vulnerabilidades pré-existentes à pandemia e as agravadas por ela.<sup>270</sup>

A vulnerabilidade é estudada de maneira interdisciplinar, considerando suas muitas circunstâncias e elementos de complexa identificação, inseridos, por muitas vezes, na dimensão subjetiva de um indivíduo ou de um de um grupo de indivíduos.<sup>271</sup>

No contexto médico-jurídico, a vulnerabilidade é ampla e abrange a ética clínica, a ética em pesquisa e a ética nas políticas públicas.<sup>272</sup>

Em primeiro lugar, a vulnerabilidade é prévia e essencial a existência do indivíduo. Ou seja, somos, em existência, ontologicamente vulneráveis, sendo essa uma condição humana que demanda proteção.<sup>273</sup>

---

<sup>269</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliane. O Redimensionamento das Vulnerabilidades no Âmbito da Relação Médico-Paciente diante da COVID-19 no Contexto Pandêmico Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.47. Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea. p. 342-358. Belo Horizonte. 2021, p. 343. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>270</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>271</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>272</sup> MACKIN, Ruth. Bioética, Vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. Trad. Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. p.59-70. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.59.

<sup>273</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliane. *op. cit.* 2021, p.347.

A vulnerabilidade, em sua dimensão universal, se propõe a ser combatida através do desenvolvimento de culturas e estruturas sociais políticas. Veja-se que o reconhecimento da vulnerabilidade universal não anula a necessidade do combate as práticas políticas e sociais que contrariem essa ideia global.<sup>274</sup>

Pois bem. A vulnerabilidade é, em suma, a susceptibilidade de se ser ferido<sup>275</sup>. Ou, ainda, “ser vulnerável significa estar suscetível a, ou em perigo de, sofrer danos”. Nesse sentido, acrescenta Kottow que “estar vivo é uma improbabilidade biológica altamente vulnerável a perturbações e à morte, e mais ainda se vidas humanas *qua* humanas têm de ser construídas, sendo, portanto, desproporcionalmente frágeis e propensas a desordens e disfunções”<sup>276</sup>.

A ideia ontológica existencial da vulnerabilidade é caracterizada como vulnerabilidade intrínseca. Aqui vê-se que a essência da humanidade é vulnerável, sendo uma condição de todos os seres vivos. Dessa forma, “conviver com a morte e com a perda de funções que a doença pode trazer é central à vivência de uma vida moral como ser humano”<sup>277</sup>.

Noutro giro, a vulnerabilidade pode ser vista, também, a partir do grau de risco em que a população se encontra para sofrer danos decorrentes de desastres naturais. Tal risco se relaciona entre a intensidade do dano e a gravidade da ameaça, evento adverso ou acidente, além de abranger a possibilidade de uma área geografia ou comunidade ser afetada por uma ameaça ou risco potencial de desastre.<sup>278</sup>

---

<sup>274</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliane. O Redimensionamento das Vulnerabilidades no Âmbito da Relação Médico-Paciente diante da COVID-19 no Contexto Pandêmico Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.47. Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea. p. 342-358. Belo Horizonte. 2021, p.347. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>275</sup> PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição e princípio. **Revista Brasileira de Bioética**, 2(2), 2006. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966/6538>>. Acesso em: 05 out. 2020.

<sup>276</sup> KOTTOW, Miguel. Comentários sobre Bioética, Vulnerabilidade e Proteção. *In*: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. Trad. Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. p.71-79. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 72.

<sup>277</sup> CAMPBELL, Alastair V. Pessoas vulneráveis: Experiências e esperança. *In*: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. Trad. Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. p.87-93. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 88.

<sup>278</sup> BERTOLOZZI, Maria Rita *et al.* Os conceitos de vulnerabilidade e adesão na Saúde Coletiva. **Revista Escola Enfermagem USP**. 43, Esp 2, f.1326-1330, 2009, p. 1327.

Na dimensão da vulnerabilidade analisada à ideia de risco, observa-se que o risco deve advir de uma realidade concreta que pode atingir um indivíduo ou um grupo de indivíduos, sendo a vulnerabilidade pertencente a vida os indivíduos.<sup>279</sup>

Finalmente, observe-se que o ser humano é sempre vulnerável, estando ou não em situação e vulnerabilidade. Dessa forma, o ser humano é sempre vulnerável, mas ele pode estar ou não em vulnerabilidade. Tal distinção ocorre pois o sujeito pode ir de uma situação latente, ou seja, de possibilidade de vulnerabilidade, para uma situação manifesta e provável de estar vulnerável<sup>280</sup>

Noutro giro, analisado que a vulnerabilidade intrínseca é universal e existente a todos os seres humano, veja-se que a vulnerabilidade circunstancial, extrínseca ou secundária, ocorre apenas com pessoas ou grupo individualizados, como aqueles em situação de pobreza, de doenças, discriminação ou de ausência a assistência educacional<sup>281</sup>, ou aqueles que vivam sob circunstâncias que fomentem a sua suscetibilidade, ou seja, sejam afetados por danos subjacentes<sup>282</sup>.

Tal categoria de vulnerabilidade se manifesta através de diversas variáveis como gênero, raça, idade, características físicas e profissões. Tal susceptibilidade dos indivíduos, necessita da construção de soluções que amenizem essa condição. Essas soluções ocorrem através de políticas públicas direcionadas ao problema em questão de cada indivíduo.<sup>283</sup>

Observe-se que as vulnerabilidades secundárias nas relações de saúde estão presentes no acesso ao direito e na relação entre médicos e pacientes e, se relacionam com a perspectiva de José Ricardo Ayres e outros doutrinadores<sup>284</sup> acerca

---

<sup>279</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliane. O Redimensionamento das Vulnerabilidades no Âmbito da Relação Médico-Paciente diante da COVID-19 no Contexto Pandêmico Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.47. Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea. p. 342-358. Belo Horizonte. 2021, p.348. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>280</sup> HOSSNE, Willian Saad. Dos referenciais da Bioética: A vulnerabilidade. **Bioethikos, Centro Universitário São Camilo**, 3(1):41-51, 2009, p. 42. Disponível em: <<https://saocamilos-sp.br/assets/artigo/bioethikos/68/41a51.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>281</sup> KOTTOW, Miguel. Comentários sobre Bioética, Vulnerabilidade e Proteção. *In*: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. Trad. Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. p.71-79. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 71.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>283</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliane. *op. cit.*, 2021, p.351.

<sup>284</sup> AYRES, José Ricardo; FRANÇA JÚNIOR, I; CALAZANS, G. J., & SALETTI FILHO, H. C. O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios. *In*: D. Czeresnia & C. M. Freitas (Orgs.). **Promoção da saúde: Conceitos, desafios, tendências**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

da “chance de exposição das pessoas ao adoecimento”. Dessa forma, a chance de ser exposto tem total relação as características individuais e sociais, acerca do acesso dos indivíduos aos seus direitos fundamentais.<sup>285</sup>

Nesse sentido, a vulnerabilidade humana deve ser pensada com uma condição humana universal, e deve ser analisada à luz da pandemia do COVID-19 no Brasil, a partir de tal pressuposto, considerando que o contexto atual do país ateu tal condicionantes atenuou visto as possíveis consequências do vírus visto que a desigualdade socioeconômica do país, auxiliou altamente a disseminação da doença, pois quando “associado à sua ocorrência numa população completamente suscetível, ocupando territórios extremamente heterogêneos quanto às condições de vida, apontam para o risco diferenciado de ocorrência da COVID-19”<sup>286</sup>

No Brasil, “o panorama é incerto e as estimativas válidas e confiáveis do número de casos e óbitos por COVID-19 esbarram na ausência de dados confiáveis, seja dos casos ou da implantação efetiva das medidas de supressão, frente às recomendações contraditórias das autoridades em cada nível de governo”<sup>287</sup>. Dessa forma, a relação médico-paciente, diante da COVID-19, ganha características importantes quanto à condição de vulnerabilidade dos sujeitos.

No contexto da pandemia não se necessita discutir acerca da vulnerabilidade universal ontológica, visto que ela é intrínseca aos indivíduos. No entanto, deve-se investigar acerca das vulnerabilidades secundárias que são atenuadas sob o presente contexto.<sup>288</sup>

Veja-se que os grupos vulneráveis são pessoas expostas a riscos, de forma desproporcional, devido as suas condições individuais e abstratas. Frise-se que tal

---

<sup>285</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliane. O Redimensionamento das Vulnerabilidades no Âmbito da Relação Médico-Paciente diante da COVID-19 no Contexto Pandêmico Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.47. Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea. p. 342-358. Belo Horizonte. 2021, p.351. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>286</sup> CALDAS DOS SANTOS, J.F; SIQUEIRA, A; PRAÇA, H; ALBUQUERQUE, H. Vulnerabilidade a formas graves de COVID-19: Uma análise intramunicipal na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, 36(5), 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v36n5/1678-4464-csp-36-05-e00075720.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

<sup>287</sup> WERNECK, G; CARVALHO, M. A pandemia de COVID-19 no Brasil: Crônica de uma crise sanitária anunciada. **Cad. Saúde Pública**, 36(5). 2020. Disponível em: <<https://blog.scielo.org/wp-content/uploads/2020/05/1678-4464-csp-36-05-e00068820.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.

<sup>288</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; *op. cit.*, 2021.

condição pode mudar, ou seja, quem está vulnerável no momento, pode não estar mais em momento posterior, sendo a vulnerabilidade um estado dinâmico.<sup>289</sup>

Nesse sentido, a pandemia se caracteriza como um elemento de maior vulneração dos indivíduos, pois várias relações sociais foram atingidas pela consequência maléfica do vírus. Dessa forma, “os riscos de perda repentina de renda ou acesso a apoio social têm consequências que são difíceis de estimar e constituem um desafio na identificação de todos aqueles que podem se tornar vulneráveis”, então, em meio ao contexto pandêmico, “vulneráveis grupos não são apenas idosos, aqueles com problemas de saúde e comorbidades, ou pessoas sem-teto ou sem moradia, mas também pessoas de um gradiente de grupos socioeconômicos que pode ter dificuldade em lidar financeiramente, mentalmente ou fisicamente com a crise”<sup>290</sup>.

Nesse contexto, a vulnerabilidade genérica e universal ganhou especificidades, considerando os indivíduos desfavorecidos pela condição socioeconômica, idosos, gestantes<sup>291</sup>, pessoas com problemas de saúde, negros, índios<sup>292</sup> e os profissionais da saúde, submetidos a exposição do vírus e a desgastes físicos e mentais.

As vulnerabilidades atenuadas a partir da pandemia, prejudicam também as relações médico e paciente pois a perda de emprego ou de renda se relacionam

---

<sup>289</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliâne. O Redimensionamento das Vulnerabilidades no Âmbito da Relação Médico-Paciente diante da COVID-19 no Contexto Pandêmico Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.47. Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea. p. 342-358. Belo Horizonte. 2021, p.350. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>290</sup> EDITORIAL LANCET. **Redefining vulnerability in the era of COVID-19**. Lancet. v. 395, p. 1089, 2020. Disponível em: <<https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S01406736%2820%2930757-1>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>291</sup> MASCARENHAS, V.; CAROCI-BECKER, A; VENÂNCIO, K; BARALDI, N; DURKIN, A; RIESCO M. L. COVID-19 e a produção de conhecimento sobre as recomendações na gravidez: revisão de escopo. **Rev. Latino-Americana. Enfermagem**, v.28 Ribeirão Preto, 2020. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010411692020000100606&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010411692020000100606&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 03 nov. 2020.

<sup>292</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. FIOCRUZ. **Risco de espalhamento da COVID-19 em populações indígenas**: considerações preliminares sobre vulnerabilidade geográfica e sociodemográfica. Fiocruz. 2020. Disponível em: <<https://ds.saudeindigena.icict.fiocruz.br/bitstream/bvs/1869/1/N%C3%BAcleo%20de%20M%C3%A9todos%20Anal%C3%ADticos%20para%20Vigil%C3%A2ncia%20em%20Epidemiologia%20do%20PR%20OCCFiocruz%20e%20Grupo%20de%20Trabalho%20sobre%20Vulnerabilidade%20Sociodemogr%C3%A1fica%20e%20Epidemiol%C3%B3gica%20dos%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20no%20Brasil%20%C3%A0%20Pandemia%20de%20COVID-1.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

consequentemente com o acesso à informação, o acesso aos serviços de saúde e a exposição mais acentuada a riscos de contaminação por sobrevivência.<sup>293</sup>

A relação médico-paciente, em sua própria natureza, foi constituída por uma desigualdade essencial que contingência o sujeito doente à uma condição de hipossuficiência, dada a assimetria historicamente presente em tal relação. A saída para abrandar o elemento assimétrico foi empoderar o paciente através do cada vez mais fundamental reconhecimento da sua autonomia, visando o desenvolvimento adequado da relação, promovendo a comunicação ética das informações entre ambas as partes e a noção de que os consentimentos precisavam representar decisões compreendidas e reais.<sup>294</sup>

Diante da COVID-19, observa-se alguns contornos no que tange as vulnerabilidades. Em primeiro lugar, têm-se a constatação de que o aludido vírus possui poucas constatações e diretrizes científicas, o que diminui a margem de segurança no tratamento médico.<sup>295</sup>

Pode-se analisar a relação entre médico e paciente hoje em um contexto geral, visto a imprescindível cautela no que tange aos cuidados sanitários nas clínicas, hospitais e laboratórios. Além disso, é necessária a orientação e cuidados corretos por parte dos médicos aos pacientes com comorbidades prévias, que integram o chamado grupo de risco da doença e demonstram uma vulnerabilidade que deve ser considerada pelos profissionais para fins de tratamento e informações, visto que o paciente deve estar ciente da sua vulnerabilidade acrescida frente a doença.<sup>296</sup>

Noutro giro, em um contexto específico, no que tange ao tratamento do vírus, deve-se observar o quadro clínico do paciente, para assim orientá-lo de acordo com ele, considerando que o caso concreto dirá se as informações devem ser direcionadas a

---

<sup>293</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliene. O Redimensionamento das Vulnerabilidades no Âmbito da Relação Médico-Paciente diante da COVID-19 no Contexto Pandêmico Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.47. Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea. p. 342-358. Belo Horizonte. 2021, p.352. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>294</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>295</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>296</sup> *Ibidem, loc. cit.*

família ou ao paciente, visto que o internamento emergencial e o agravamento da doença diminuem a capacidade de compreensão pelo paciente das informações.<sup>297</sup>

Frise-se que os profissionais devem garantir o acesso as informações sobre a saúde do paciente aos seus familiares, nos casos em que ele se encontre em estado de inconsciência. Além disso, eles devem cuidar para que os seus familiares do paciente não sejam expostos ao vírus.<sup>298</sup>

A pandemia trouxe uma insegura aos profissionais da saúde, visto que ainda não existe um protocolo adequado e totalmente eficaz para a cura da doença. Além disso, características externas como o índice de disseminação do vírus, a lotação dos hospitais, tornando escassos os recursos hospitalares e clínicos, fazem parte do novo cenário no qual eles estão inseridos.<sup>299</sup>

Nesse sentido, deve-se analisar a vulnerabilidade médica por um outro olhar. O paciente deve entender que frente ao cenário descrito, o médico, se encontra a todo tempo em uma condição de vulnerabilidade acrescida que foi resignificada diante da pandemia. A consciência de finitude e o reconhecimento desta por ambas as partes aproxima e tende a uniformizar de forma sutil e visceral a relação médico-paciente.<sup>300</sup>

Veja-se que os riscos presentes no contexto pandêmico não anulam as responsabilidades dos profissionais da saúde em relação as suas possíveis condutas danosas a pacientes, todavia, a presença da vulnerabilidade destes profissionais traz a necessidade de motivos reais que justifiquem a responsabilização, levando em conta os riscos, a ausência de recursos hospitalares e o estado físico e mental de todos as partes envolvidas.<sup>301</sup>

Dessa forma, deve-se ponderar as circunstâncias, levando em conta o contexto pandêmico atual. Sendo assim, “em virtude da concorrência de vários fatores

---

<sup>297</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliâne. O Redimensionamento das Vulnerabilidades no Âmbito da Relação Médico-Paciente diante da COVID-19 no Contexto Pandêmico Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.47. Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea. p. 342-358. Belo Horizonte. 2021, p.353. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>298</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>299</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>300</sup> MEIRELLES, Ana Thereza; ARAÚJO FILHO, José Edson; VERDIVAL, Rafael. **Vulnerabilidade, Médicos e Pandemia**. Disponível em: <<http://cvmed.com.br/2021/01/05/vulnerabilidade-medicos-e-pandemia/>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

<sup>301</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliâne. *op. cit.*, 2021, p.354.

desfavoráveis ao profissional de saúde, é normal que o operador do Direito não entenda pela responsabilização daquele por pequenas falhas. Há que se levar em conta o que dele era exigível diante do caso concreto”<sup>302</sup>.

Ante o exposto, é necessária a construção de políticas públicas adequadas no Brasil, considerando que se trata de um país com significativas desigualdades sociais, o que torna a sua população altamente vulnerável, o que inclui a relação médico-paciente no atual contexto, pois o panorama atual evidencia a necessidade de conceber que o crescimento dos sujeitos em vulnerabilidade é hoje a principal realidade social do Brasil. Diversos sujeitos, antes vulneráveis, sofreram novo processo de vulneração. Outros sujeitos, não categoricamente vulneráveis, passaram a integrar grupos socialmente fragilizados.<sup>303</sup>

---

<sup>302</sup> FREIRE DE SÁ, M; ANTUNES, I; TORQUATO, B. Responsabilidade civil dos profissionais de saúde ante diante da Covid-19. **Consultor Jurídico**, 2020 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/direito-pos-graduacao-responsabilidade-civil-profissionais-saude-covid-19?imprimir=1>>. Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>303</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliâne. O Redimensionamento das Vulnerabilidades no Âmbito da Relação Médico-Paciente diante da COVID-19 no Contexto Pandêmico Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.47. Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea. p. 342-358. Belo Horizonte. 2021, p.354. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

## 5 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO

O crescimento e consolidação da “indústria de erro médico” no Brasil acarretou o surgimento de um mercado paralelo, qual seja, o do seguro de responsabilidade civil decorrente de erro médico. Tal mercado visa trazer maior tranquilidade ao médico no exercício da sua profissão, através do pagamento de uma mensalidade a seguradora que, como retorno, garante indenização ao paciente, em caso de indenização perante o Poder Judiciário por eventual erro médico<sup>304</sup>.

Essa espécie de seguros além de restrito ao valor total contratado da apólice e a quantidade de ações do profissional durante o período acordado no contrato de seguro, acaba por ser um peso no orçamento dos profissionais médicos.<sup>305</sup>

Apesar de se tratar de um mercado novo e ainda em ascensão no Brasil, nos Estados Unidos esse mercado já está consolidado.

Veja-se que poucos médicos no Brasil possuem um seguro de responsabilidade civil por erro médico. De acordo com Raul Canal, apesar de comercializado no Brasil há três décadas, essa espécie de seguros ainda não possui um mercado significativo, atingindo somente 5% (cinco por cento) dos médicos brasileiros atuantes<sup>306</sup>.

Em suma, um seguro de responsabilidade civil é composto pela formação de um fundo de recursos financeiros em que vários profissionais segurados contribuem, em boa parte mensalmente para manutenção desse fundo, que é gerido pela seguradora e servirá para arcar com eventuais indenizações de responsabilidade civil e gerar lucro para ela.<sup>307</sup>

Esses fundos nascem a partir de um estudo de probabilidade que indica que muito dificilmente uma quantidade significativa de participantes do fundo seria demandado e condenado judicialmente ao mesmo tempo, sendo essa a lógica do mercado de seguros em geral, de acordo com Eduardo Dantas 54, que diz que a “premissa básica em que se alicerça o seguro é a minimização – ou socialização – do risco individual,

---

<sup>304</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p.29.

<sup>305</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>306</sup> CANAL, Raul. Seguro de responsabilidade civil da medicina. **LinkedIn**, 2016. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/seguro-de-responsabilidade-divil-na-medicina-edwaldo-russell>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

<sup>307</sup> HEISLER, Roger. *op. cit.*, 2018, p.29.

através da ampliação da base simultânea de contribuintes a um fundo comum destinado ao pagamento de eventuais indenizações, relativas a eventos contratualmente pré-definidos”.

Além disso, o autor discorre que através da fórmula, que envolve complexos cálculos atuariais e de matemática financeira, de modo a permitir não só o autofinanciamento do produto, mas também a geração de lucros às seguradoras, se permitiria evitar que o patrimônio de um indivíduo se visse parcial ou completamente ameaçado por um evento condenatório imprevisível e inafastável decorrente de uma falha profissional sua, um deslize capaz de comprometer economias de toda uma vida. Sendo assim,

a aposta, amparada em estudos probabilidade, é de que nem todos, ou muito poucos contribuintes do fundo securitário, sofreriam processos que os levassem a necessitar pagar indenizações ao mesmo tempo, permitindo que o somatório das contribuições conjuntas possibilite prover os meios financeiros capazes de fazer frente às indenizações.<sup>308</sup>

Pois bem. Júlio César Meirelles Gomes, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso de França trazem possíveis vantagens e desvantagens que devem ser analisadas antes da contratação do Seguro de Responsabilidade Civil por Erro Médico.<sup>309</sup>

Primeiramente, as desvantagens seriam a interferência negativa na relação médico-paciente, o estímulo aos processos contra os médicos, a falta de cobertura no que tange aos danos morais, o aumento nos custos dos serviços médicos, a facilitação do erro médico e da indústria das indenizações, bem como o fornecimento de uma proteção aparente ao profissional, criando um cenário cativo para o médico.<sup>310</sup>

No que se refere as vantagens, essas seriam a implementação de uma modalidade de liquidação de dano, a melhor condição de liberdade e segurança no trabalho para o médico, assegurando o equilíbrio social, a ordem pública e a justiça social. Além disso, teríamos uma melhor forma de previdência propriamente dita, livramento para o médico e para o paciente de processos penosos e demorados, bem como o afastamento de explorações, ruínas, injustiças e iniquidades, além do seguro independer da situação econômica do causador do dano<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 409-410.

<sup>309</sup> GOMES, Júlio César Meirelles. *et al.* **Erro Médico**. 2. ed. São Paulo. Unimontes, 2000, p. 148.

<sup>310</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>311</sup> *Ibidem, loc. cit.*

A perspectiva do mercado é que mais profissionais venham a adquirir esse serviço com o objetivo de sustentar a continuidade de suas atividades profissionais fazendo frente à crescente “indústria” do erro médico. Logicamente, a aquisição desses seguros por parte dos profissionais trará reflexos positivos e negativos ao mercado do erro médico, considerando o contexto atual e traçando um paralelo com outros países que já possuem esse mercado consolidado<sup>312</sup>.

Pois bem, o contrato de seguro é aquele onde uma pessoa se obriga, diante a ocorrência de evento futuro e incerto, a pagar uma quantia (prêmio) a outra, que pode ser o contratante ou pessoa indicada por ele. Trata-se de contrato bilateral, oneroso, aleatório, consensual e por adesão.<sup>313</sup>

Caio Mário ensina que o contrato de seguro é “o contrato por via do qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), mediante recebimento de um prêmio, a indenizá-la ou a terceiros, de prejuízos resultantes de riscos previstos”<sup>314</sup>.

O contrato de seguro encontra previsão no Código Civil de 2002 em seu art. 757 preceituando que “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados”<sup>315</sup>.

Observe-se que o contrato de seguro possui requisitos subjetivos, objetivos e formais. Os requisitos subjetivos são as qualidades exigidas dos contratantes para que sua participação no negócio jurídico seja válida, podendo apenas a pessoa jurídica ser seguradora. Consoante prevê parágrafo único do art. 757 do Código Civil, é facultado somente às entidades legalmente autorizadas a possibilidade de ser parte no contrato como segurador, pois a parte segurada inicialmente se sujeita ao requisito da

---

<sup>312</sup> CANAL, Raul. Seguro de responsabilidade civil da medicina. **Linkedin**, 2016. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/seguro-de-responsabilidade-divil-na-medicina-edwaldo-russell>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

<sup>313</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p. 539.

<sup>314</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 451.

<sup>315</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2021.

capacidade civil. No mais, o requisito objetivo, reside no interesse segurável, no risco, que pode incidir em todo bem jurídico, devendo seu objeto ser lícito<sup>316</sup>.

Existem várias espécies de seguros e, para o estudo do seguro de responsabilidade civil e profissional por erro médico, faz-se necessário realizar um apanhado no que tange ao seguro de responsabilidade civil.

## 5.1 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Em primeiro lugar, o contrato de seguro de responsabilidade civil está disposto no Código Civil, em seu art. 787, que conceitua que “no seguro de responsabilidade civil, o segurador se responsabiliza pelo pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”<sup>317</sup>.

Veja-se que José Aguiar Dias conceitua o seguro de responsabilidade como:

contrato em virtude do qual, mediante prêmio ou prêmios estipulados, o segurador garante ao segurado o pagamento de indenização que porventura lhe seja imposta com base em fato que acarreta sua obrigação de reparar o dano.<sup>318</sup>

Noutro giro, Caio Mario diz que o seguro de responsabilidade civil “tem por objeto transferir para o segurador as consequências de danos causados a terceiros, pelos quais possa o segurado responder civilmente”<sup>319</sup>. Dessa forma, ele possui como objeto o reflexo patrimonial decorrente do ato ilícito culposo.

Maria Helena Diniz diz acerca do tema que:

o seguro de responsabilidade civil transfere para a seguradora a obrigação de pagar as perdas e danos decorrentes de ato lesivo de segurado, liberando-o, assim, do risco de ser responsável pelo ressarcimento dos prejuízos que causou, mantendo a integridade de seu patrimônio.<sup>320</sup>

---

<sup>316</sup> FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v.11. São Paulo. Saraiva, 1962, p. 494.

<sup>317</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º 10.406. Senado. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>318</sup> DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. v.1. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1997, p. 804.

<sup>319</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.3. 11.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 470.

<sup>320</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. v.8. 16. ed. São Paulo. Saraiva, 2002, p. 203.

Tal seguro é facultativo e sofrerá alterações de acordo com as definições de exclusão e cobertura de cada contrato, ficando a seguradora responsável pelo pagamento da indenização a que for o segurado condenado, até o limite do teto contratual. Frise-se que o valor que ultrapassá-lo deverá ser custeado pelo segurado, sob pena de enriquecimento sem causa<sup>321</sup>.

O terceiro na relação contratual, ou seja, o que sofreu o ato lesivo, pode demandar diretamente o segurador em casos de seguro obrigatório de responsabilidade civil, visto que nesses casos a indenização é paga diretamente pelo segurador ao terceiro prejudicado (art. 788 do CC/02).

Nos casos de seguro facultativo de responsabilidade civil, existe um questionamento na doutrina e jurisprudência. Alguns entendem não ser possível a ação direta do terceiro contra o segurador e sustentam que o terceiro não é parte do contrato de seguro, nem é o seu beneficiário, não possuindo com o segurador qualquer relação jurídica.<sup>322</sup> Bechara Santos argumenta que não seria crível poder o terceiro acionar o segurador, por se tratar de um negócio jurídico bilateral entre o segurador e o segurado, o que por si só, afasta qualquer legitimidade desse terceiro e faz da seguradora parte ilegítima para ser demandada pelo terceiro, posto que *res inter alios acta*.<sup>323</sup>

Nesse sentido, outro argumento seria que nesse seguro é necessário, antes do reembolso a vítima, a constatação da responsabilidade do segurado.

Noutro giro, os que concordam com uma ação direta em face do segurador, argumentam que se a indenização não for entregue diretamente à vítima, corre o risco de ser desviada pelo segurado. Além disso, acrescentam as vantagens de se preservarem as obrigações do segurador, bem como de tornar a sentença condenatória a ele oponível e a de dispensar o segurado do desgaste de uma

---

<sup>321</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>322</sup> *Ibidem*.

<sup>323</sup> SANTOS, Bechara Ricardo. **Direito de seguro no cotidiano**. Rio de Janeiro. Forense, 1999. p. 505.

demanda judicial. Asseveram, por fim, que referida ação estaria em consonância com o princípio da economia processual.<sup>324</sup>

A jurisprudência pátria parece inclinar-se no sentido dessa última corrente, vez que lastreada pelo princípio da celeridade processual e da função social de contrato.<sup>325</sup>

## 5.2 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

Outra modalidade do contrato de seguro de responsabilidade civil é a profissional, estando o seguro de responsabilidade civil por erro médico integrado a essa modalidade.

Veja-se que a medicina lida com bens supremos do indivíduo, o que faz com que danos decorrentes dela sejam de difícil reparação. Dessa forma, as forças pecuniárias do médico podem não ser suficientes para realizar a efetiva reparação do dano, o que não o exime do dever de indenizar<sup>326</sup>.

Nesse sentido, o seguro de responsabilidade civil do médico é um meio de gerar receita para arcar com eventuais despesas decorrentes de procedimento médico eventualmente danoso ao paciente, visando, então, garantir até o limite da importância segurada, o reembolso das reparações pecuniárias devido a ações ou omissões, decorrentes da Prestação do Serviço de Assistência à Saúde<sup>327</sup>.

A adoção do seguro de responsabilidade civil do médico possui suas vantagens, mas, também, suas desvantagens. Veja-se que o profissional médico responde por toda e qualquer consequência danosa que possa vir a acontecer diretamente ao seu paciente ou indiretamente por terceiros sob sua responsabilidade.

---

<sup>324</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>325</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo n.º 228.840-RS**, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, Julg. 04 set. 2000, p. 150. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339325/recurso-especial-resp-228840-rs-1999-0079479-6>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>326</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. *op.cit.* 2020.

<sup>327</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 567.

Dessa forma, apesar de não ser imprescindível por hora no Brasil, a contratação de um seguro visando garantir proteção ao exercício do trabalho médico, evita que um eventual erro médico, possa, financeiramente, acabar com uma carreira. Ou seja, defende-se que o médico alcance proteção potencial em razão de eventual erro médico. Sendo assim, o socorro securitário, visa tranquilizar o médico, dando-lhe, inclusive, maior segurança para o exercício de suas técnicas.

Nesse sentido, argumentos que sustentam a instalação do seguro médico são o fato dele garantir economicamente a família do paciente, assegurando financeiramente médicos e hospitais. Além disso, o seguro de responsabilidade civil médico gera tranquilidade para o atendimento médico, que retira do profissional o medo do erro, fortalecendo a sua autoconfiança.

Acerca dessa temática, Genival Veloso de França afirma que o seguro de responsabilidade civil por erro médico é “a única forma de dá ao responsável condições de responder pelos ônus do dano causado, quase sempre distante de suas reais possibilidades”<sup>328</sup>, acrescentando ainda que “para o paciente o sistema de seguro também significa livrar-se de um processo penoso e confuso, a proteção contra a deficiência técnica, contra seus riscos e contra a eventual falibilidade do profissional”<sup>329</sup>.

No campo das desvantagens geradas pela adoção do seguro médico no Brasil, temos o encarecimento da assistência médica, principalmente no tocante aos melhores profissionais, pois veja-se que os mais renomados são os mais procurados por pacientes portadores de doenças mais graves. Dessa forma, eles serão considerados como de maior risco para as seguradoras, o que acarretará um prêmio de seguro mais caro a eles. Tal fato gera o gradativo abandono pelos profissionais das especialidades de risco<sup>330</sup>.

Outro aspecto desvantajoso está no fato de as seguradoras exigirem uma grande quantidade de exames complementares para descaracterização do erro, levando os

---

<sup>328</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico**. 2. ed. Montes Claros. Unimontes, 2000, p.139.

<sup>329</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>330</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

médicos a requisitarem exames desnecessários, que apenas geram gastos. Além disso, o seguro estimula a distribuição de processos contra médicos, tendo em vista maior facilidade em ser ressarcido e a deterioração da relação médico-paciente, considerando a desconfiança que este seguro pode gerar<sup>331</sup>.

No mais, a adoção de tal seguro inibe a modernidade, na medida em que poucos serão os médicos que se arriscarão a utilizar terapêuticas inovadoras ou de alto risco.

Dessa forma, veja-se que conjunto de prós e contras da adoção do seguro de responsabilidade civil por erro médico só pode ser analisado dentro do contexto da sociedade na qual pretende-se vê-lo.

### 5.3 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NOS ESTADOS UNIDOS

Observa-se que, o *medical malpractice insurance* encontra-se amplamente difundido nos Estados Unidos. Nesse país, a adoção do referido seguro tornou-se praticamente uma regra que não comporta exceções. Dessa forma, os números relativos ao seguro de responsabilidade civil por má prática médica nos Estados Unidos são significativos<sup>332</sup>.

Nesse país, o processo por erro médico já é algo tão corriqueiro que é facilmente possível achar, inclusive em folhetins ou jornais de bairros, inúmeros contatos de advogados especializados em atuar em demandas desse tipo, sendo uma indústria que gira milhões de dólares todo o ano<sup>333</sup>.

Miguel Kfoury Neto, citando Weiler, frisa que o volume desse tipo de seguro nos Estados Unidos passou de sessenta milhões de dólares, em 1960, para cerca de sete bilhões de dólares em 1988. Veja-se que enquanto em 1960, a cada grupo de 100

---

<sup>331</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

<sup>333</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p.29.

(cem) médicos apenas 1 (um) profissional era acionado por má prática nos Estados Unidos, atualmente esse número já é de 1 (um) profissional acionado para cada grupo de 25 (vinte e cinco). A má prática produz uma das maiores indenizações jurídicas anuais do sistema legal norte americano, o que contribui para o aumento da frequência das reclamações<sup>334</sup>.

O valor médio das indenizações concedidas pelo Poder Judiciário do já mencionado país cresceu de cerca de US\$ 40.000 (quarenta mil dólares), na década de 1960, para US\$150.000 (cento e cinquenta mil) na década de 1980.<sup>335</sup>

Ante o exposto, o pagamento de tais indenizações somente é possível nos Estados Unidos, devido a celebração do seguro profissional e, os prêmios variam de acordo com a especialidade do médico e o local onde ele exerce sua atividade profissional<sup>336</sup>.

Farah e Ferraro noticiam que a revista Time, edição de 13/12/1999, revelou que os médicos norte-americanos pagam, em média, sessenta mil dólares anuais às seguradoras.<sup>337</sup>

Dessa forma, exercer a medicina nos EUA é algo extremamente arriscado e caro e a prática da “medicina defensiva” é uma atitude já usual e esperada pelos profissionais. Logo, os já mencionados exames desnecessários são solicitados com objetivos exclusivamente defensivos, contribuindo para encarecer ainda mais a medicina estadunidense de forma significativa. A Revista Época trouxe dados assustadores sobre a “indústria do erro médico” nos EUA, dentre eles, que o médico americano gasta em média US\$ 3 (três) mil por mês apenas em apólices de seguro para poder continuar exercendo a medicina:

Nos Estados Unidos, onde o seguro é praxe, a medicina enfrenta uma crise. Há especialistas nos EUA que pagam US\$ 3 mil por mês em apólices. Ao longo de sua vida profissional, um médico americano pode ser processado

---

<sup>334</sup> WEILER, Paul C. *apud* NETO, Miguel Kfourri. **Culpa médica e ônus da prova**: Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. RT, 2001, p. 13.

<sup>335</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>336</sup> VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade Civil Médica e Seguro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2001, p.135.

<sup>337</sup> FARAH, Eduardo Elias; FERRARO, Leonora. **Como prevenir problemas com os pacientes**. 3. ed. São Paulo. Quest, 2000, p. 124.

até três vezes, segundo as estatísticas. Estudos publicados no Journal of American Medical Association afirmam que 90% dos médicos na Pensilvânia já evitam pacientes com problemas complexos e obstetras e ginecologistas vêm limitando o número de atendimentos. Muitos profissionais simplesmente estão de mudança para Estados cuja legislação limita as ações por erro médico. Por isso, hospitais públicos no Estado de Massachusetts, inclusive em Boston, têm dificuldade para preencher vagas.<sup>338</sup>

Veja-se então, que o contexto social em que se insere o sistema de saúde norte americano diverge de maneira substancial do brasileiro. A primeira diferença é o fato de que os médicos daquele país são, em regra, adequadamente remunerados. Além disso, lá as fundações que mantêm os hospitais recebem doações elevadas e os planos de saúde estipulam contribuições substanciais. Nessa realidade, as seguradoras integram um sistema que se autofinancia, proporcionando certa tranquilidade aos segurados<sup>339</sup>.

Todavia, existem casos de profissionais que abandonaram a profissão por não possuírem condições financeiras de arcar com os prêmios exigidos e outros que transferem fraudulentamente seu patrimônio para o nome de terceiros, visando fugir de eventual obrigação de indenizar imposta. Existem também os que informam a seus pacientes que não possuem seguro, visando cientificá-los de que eles não terão como reclamar, em caso de culpa médica<sup>340</sup>.

Walter Antonio Polido, reproduzindo reportagem de Luiz Mendonça, alega que:

nos Estados Unidos está ficando cada vez mais caro (e até inviável) o seguro de responsabilidade civil dos médicos. E entre esses profissionais, os obstetras vêm assumindo posição de destaque nas tarifas das seguradoras. Por isso mesmo ganha crescente popularidade entre aqueles especialistas o slogan: 'Os advogados que partejem os bebês'.<sup>341</sup>

Tem ocorrido algumas mudanças legislativas nos Estados Unidos para aliviar os problemas sentidos pelos médicos. Nesse sentido, Luzia Chaves Vieira leciona que “a reforma estatutária no sistema de julgamento civil foi direcionada para cada um dos

<sup>338</sup> COTES, Paloma. Bisturis nos Tribunais. **Época**, 2005. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR70591-6014,00.html>>. Acesso: em 18 maio 2021.

<sup>339</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. RT, 2001, p. 404.

<sup>340</sup> VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade Civil Médica e Seguro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2001, p.138

<sup>341</sup> MENDONÇA, Luiz, 1989 *apud* POLIDO, Walter Antônio. **Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil**. Manuais Técnicos de Seguros, 1997, p. 699.

três pontos chave. A sensibilidade aos reclamantes, à determinação da responsabilidade do médico, a mensuração dos danos pagáveis”<sup>342</sup>.

Dessa forma, podemos constatar que a adoção do seguro de responsabilidade civil por má prática médica nos Estados Unidos não gerou a eliminação ou mesmo diminuição do erro médico punível. Ao contrário, o que os dados demonstram é que no mencionado país a adoção dessa modalidade de seguro não impediu sequer o aumento da litigiosidade. Sendo assim, o seguro seria um mero paliativo aos problemas vivenciados por médicos e pacientes<sup>343</sup>.

Nota-se que tal realidade norte-americana, aos poucos, vem sendo transportada para o Brasil, sobrecarregando o Poder Judiciário brasileiro e, ao mesmo tempo, assustando os profissionais médicos, o que faz com que alguns profissionais se posicionem contra o sistema americano, como é o caso da conselheira do Conselho Federal de Medicina brasileiro, Dra. Regina Ribeiro Parizi Carvalho:

A experiência dos Estados Unidos, país onde essa proposta frutificou, tem mostrado que, além de deteriorar ainda mais a relação de confiança entre médicos e pacientes, a adoção dessa medida estimulou uma verdadeira ‘indústria’ de processos, pois passou a contar com intermediários nessa relação, que só visam interesses pecuniários. Como decorrência, o sistema de saúde americano aumentou seus custos e restringiu o mercado de trabalho para algumas especialidades consideradas de maior risco, como Anestesiologia, Cirurgia Plástica, entre outras, onde o valor de prêmio é inacessível para a maioria dos médicos.<sup>344</sup>

De acordo com o estudo realizado por cinco seguradoras americanas sobre processos indenizatórios por erro médico, sessenta por cento dos autores/pacientes eram do sexo feminino. A idade média dos demandantes foi de 38 (trinta e oito) anos, sendo 19 (dezenove) por cento recém-nascidos e 12 (doze) por cento tinham 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou mais<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>343</sup> *Ibidem*.

<sup>344</sup> CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi. Parecer: Processo-Conculta CFM 6696/98. Aprovado em sessão plenária de 12 set. 1999. **Arquivos CRM-PR**, v. 17, n. 68, 2000, p. 212.

<sup>345</sup> STACCIARINI, David Castro. Erro Médico: A Maior Pesquisa já realizada sobre Processos Indenizatórios nos Estados Unidos. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://davidcastrostacciarini.jusbrasil.com.br/artigos/160810097/erro-medico-a-maior-pesquisa-ja-realizada-sobre-processos-indenizatorios-nos-estados-unidos?ref=feed>>. Acesso em :18 maio 2021.

Além disso, ginecologistas-obstetras foram os mais processados, com o percentual de 19 (dezenove) por cento, seguido pelos cirurgiões gerais, com 17 (dezessete) por cento e, clínicos gerais, com 16 (dezesesseis) por cento<sup>346</sup>.

Veja-se que tal estudo é bastante similar ao realizado no Brasil. Isso demonstra que o Brasil possui a tendência de seguir o mesmo caminho dos americanos, com uma possível elevação dos padrões indenizatórios de forma gradual e aumento significativo do número de demandas<sup>347</sup>.

Assim, a breve análise da realidade da “indústria do erro médico” no âmbito norte-americano é relevante, pois pode auxiliar na compreensão do mesmo fenômeno no contexto brasileiro.

#### 5.4 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO NO BRASIL

O mercado segurador brasileiro oferece a médicos e hospitais a possibilidade de contratar Seguro de Responsabilidade Civil Profissional. No entanto, a procura por essa espécie de seguro ainda é extremamente pequena, tendo em vista as condições econômicas, sociais e culturais do país. Nesse sentido, entende Gustavo Tepedino:

Não é da tradição brasileira a contratação dos seguros de responsabilidade civil pelo médico ou pelos hospitais, talvez pelo fato de os montantes das indenizações impostas pelo Judiciário ainda não representarem uma ameaça à atividade profissional. Deve-se ter em linha de conta, é bem verdade, o aumento vertiginoso da litigiosidade na experiência brasileira na última década, prenúncio de uma modificação nesse estado de coisas. Já se verifica nos grandes centros, particularmente em São Paulo, ainda que sem controle estatístico preciso, a difusão dos seguros profissionais na área médica. De todo modo, embora se encontrem disponíveis, no mercado brasileiro, apólices apropriadas para a cobertura (sem limites legais) por danos causados por atividades profissionais, tal modalidade de seguro tem recebido reduzidíssima procura.<sup>348</sup>

---

<sup>346</sup> STACCIARINI, David Castro. Erro Médico: A Maior Pesquisa já realizada sobre Processos Indenizatórios nos Estados Unidos. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://davidcastrostacciarini.jusbrasil.com.br/artigos/160810097/erro-medico-a-maior-pesquisa-ja-realizada-sobre-processos-indenizatorios-nos-estados-unidos?ref=feed>>. Acesso em :18 maio 2021.

<sup>347</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p.33.

<sup>348</sup> TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 2, abr./jun. 2000, p. 74.

Nesse sentido, vê-se que o povo brasileiro, ainda não possui o costume de recorrer ao Judiciário para obter a reparação de danos sofridos devido a erros médicos. Dessa forma, os médicos acabam por conceber distante a ideia de serem condenados em um processo judicial, imaginando ser desnecessária a contratação dessa espécie de seguro<sup>349</sup>.

Outro ponto que torna inviável a contratação desse seguro perante os olhos médicos é a dificuldade no repasse do preço do prêmio desse tipo de seguro aos pacientes, considerando que a grande maioria dos médicos brasileiros encontra-se atendendo junto ao Sistema Único de Saúde, que se encontra em situação calamitosa em diversas localidades, o que demonstra a flagrante impossibilidade de se embutir no valor da consulta o custo do prêmio<sup>350</sup>.

Acerca dessa temática os técnicos do Instituto de Resseguros do Brasil entendem que:

Ora, perguntamos, por que tal tipo de seguro ainda não foi estendido ao profissional liberal, no caso o médico? Porque o médico que detém clínica particular suficiente, que exerce medicina privada, medicina do ponto de vista liberal, esse médico representa hoje uma faixa mínima no confronto com a grande maioria assalariada dos médicos do país.<sup>351</sup>

No Brasil, os prêmios também variam de maneira significativa em função da especialidade e do risco. Ou seja, para uma cobertura de R\$100.000,00 (cem mil reais), enquanto um homeopata tem que desembolsar o valor mensal de R\$33,00 (trinta e três reais), o prêmio pago por um médico cirurgião plástico é de R\$221,00 (duzentos e vinte e um reais) por mês<sup>352</sup>.

Em setembro de 2003 a Associação Médica Brasileira, o Conselho Federal de Medicina, a Federação Nacional dos Médicos e a Confederação Médica Brasileira posicionaram-se contra a adoção do seguro de responsabilidade civil do médico, classificando-o como “terapia ineficaz” e entendendo que esse tipo de seguro garantiria apenas o quesito financeiro da demanda, não alcançando as questões

---

<sup>349</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>350</sup> *Ibidem*.

<sup>351</sup> BRASIL. Instituto de Resseguros do Brasil. **Revista do IRB**, ano 37, n. 214, out./dez, 1977, p. 13.

<sup>352</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. *op. cit.* 2020.

éticas relacionadas, além de não impedir que as sanções disciplinares previstas no Código de Ética Médica sejam aplicadas<sup>353</sup>.

Também o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP), se pronunciou em desfavor da adoção de um seguro contra erro médico, sustentando que a opção pelo referido seguro equivale a uma escolha pelo conflito, o que colocaria em sério risco a confiança mútua que precisa existir entre médico e paciente. Acrescenta, ainda, que tal escolha gera dificuldades no exercício profissional e onera o sistema de saúde do país<sup>354</sup>.

Pesquisa feita por Irany Novah Moraes em que foram ouvidos 53 (cinquenta e três) médicos brasileiros, apontou maioria igualmente contra a adoção de seguro médico no país<sup>355</sup>.

Conclui-se então acerca da impossibilidade de o sistema de saúde brasileiro arcar com o encarecimento do serviço médico que tal adoção acarreta, além do número de demandas indenizatórias propostas em razão de erro médico não se encontrar ainda em níveis preocupantes no país e principalmente, pelo fato de a adoção de tal seguro não constituir solução para o grave problema que é o erro médico, se limitando ao aspecto financeiro do problema e em nada fortalecendo a relação de confiança que há de existir entre médico e paciente.

## 5.5 A ATIVIDADE MÉDICA COM APOIO DE ATIVIDADE JURÍDICA ESPECIALIZADA EM DIREITO MÉDICO NO BRASIL

Assim como há o surgimento de um mercado de seguros em responsabilidade civil médica por consequência da “indústria do erro médico”, surge também um novo

---

<sup>353</sup> CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>354</sup> CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi. Seguro contra o erro médico e a opção pelo conflito. **O Estado de São Paulo**, 2001. Disponível em: <<https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20010224-39211-nac-2-opi-a2-not/busca/Regina+Ribeiro+Parizi>>. Acesso em: 25 set. 2020.

<sup>355</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 569.

mercado de atuação para a advocacia, qual seja, o da especialização em “Direito Médico”<sup>356</sup>.

É cada vez mais comum vermos escritórios de advocacia especializados no direito médico. Muitos escritórios que atuam na defesa do médico celebram acordos de cooperação com os próprios sindicatos respectivos, a fim de captar mais clientes e, em contrapartida, os sindicatos oferecem aos seus sindicalizados um serviço com uma “carteira” de escritórios de advocacia especializados em defender o médico em demandas judiciais.

Dessa forma, os serviços médicos no setor privado cada vez encarecem mais para a população, pois precisam considerar eventuais riscos inerentes à prática da profissão, e no sistema público, devido aos baixos salários, está ocorrendo um êxodo de profissionais atuantes para a área privada.

Faz-se necessário a reversão dessa lógica o quanto antes através de políticas públicas para que a prática da medicina continue sustentável no território nacional.

---

<sup>356</sup> HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 2018. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018, p.32.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho destinou-se a analisar se os riscos presentes diariamente na prática da medicina tornam necessária a contratação do seguro de responsabilidade civil por má prática médica, considerando o aumento das demandas no Brasil e o estudo da *medical malpractice* à luz do direito brasileiro.

Para tanto, se fez necessária a realização de um estudo acerca da responsabilidade civil presente nos serviços médicos, demonstrando a necessidade histórica de ampliação do conceito de culpa para acolhimento de novas teorias dogmáticas acerca da reparação de dano recorrente e verificou-se, ainda, que a responsabilidade civil presente no direito brasileiro é uma obrigação de reparar dano moral ou material ocasionado pelo agente que não observou dever jurídico legal ou convencional ao lesionado e ela possui três funções sociais, quais sejam, a compensatória para a vítima, a punitiva para o ofensor e a desmotivadora social da conduta lesada.

Constatou-se que a obrigação se caracteriza pelo elemento subjetivo e o elemento objetivo, os quais possibilitam a exigência do cumprimento da prestação ao qual se obrigou, também através do Estado, ao passo em que se percebeu que a responsabilidade do profissional médico é subjetiva e a natureza jurídica da sua prestação é a cura, o que quer dizer que tais contratos objetivam a cura e, por se tratarem de obrigação de meio, dependem tanto do profissional como da colaboração direta ou indireta do paciente.

Assim, observou-se que a responsabilidade dos médicos é assumida a partir do diagnóstico laboratorial ou clínico, o que demonstrou que inexistem responsabilidades contratual e extracontratual nesses casos, permanecendo sempre o dever de indenizar. Além disso, restou clara a obrigação de segurança prevista na relação médico-paciente, que garante que os médicos exerçam sua atividade com cautela e de acordo com as técnicas científicas disponíveis.

Mais, verificou-se a responsabilidade do médico quanto a necessidade de minorar os riscos ao seu paciente, bem como diferenciou-se o erro grosseiro do erro escusável, tendo em vista que o grosseiro se dá por imprecisão ou incapacidade e o escusável não decorre de responsabilidade médica, além de analisar-se os direitos e deveres do médico, presentes no Código de Ética Médica.

Por fim, foram elencadas as excludentes da responsabilidade do médico que ocasionam na improcedência da ação penal e extinção da punibilidade do agente, quais sejam, a iatrogenia, o fato de terceiro, a intercorrência médica, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força e a cláusula de não indenizar, bem como, verificou-se que a responsabilidade das clínicas apenas existe na existência de culpa por parte do profissional médico.

Dessa forma, constatou-se as diversas formas em que o médico pode ser responsabilizado civilmente, bem como os casos em que sua conduta não seria passível de punição.

Após, debruçou-se sobre o estudo do erro médico, constatando-se que se trata de conduta omissiva ou comissiva contra o paciente durante atividade médica que pode ser caracterizada como imperícia, imprudência ou negligência, mas nunca como dolo e possui como componentes o dano, a ausência de dolo, a culpa em sentido estrito e o nexo de causalidade.

Em análise ao seu histórico, conclui-se que o primeiro vestígio acerca da existência do erro médico consta no Código de Hamurabi, onde fora estipulado, de maneira inédita, a compensação financeira, e durante sua evolução fora determinado através da Lei Aquilia, indenizações aos médicos que cometessem danos contrários ao direito, decorrentes de falta in committendo.

Verificou-se, também, que ela estabeleceu a impossibilidade da pena de morte em casos de negligência ou imperícia e que a França chegou a consagrar a exclusiva responsabilidade moral dos médicos, em 1929, excluindo a possibilidade de responsabilização cível destes, no entanto, esse quadro não se perpetuou, considerando que em 1936, fora consagrada jurisprudência possibilitando a responsabilidade médica diante do erro.

Aprofundando-se sobre o dano, observando-se que as lesões aos bens jurídicos tutelados decorrentes de erros médicos podem ser patrimoniais e morais, que se diferenciam, respectivamente, pela presença ou não de conteúdo econômico a repercutir sobre a vítima. Ainda nesse sentido, estudou-se a perda de uma chance, que é o erro médico capaz de causar a perda da chance de eliminação de sofrimento do paciente ou a perda da chance de retardar a morte deste, com preservação

razoável da qualidade de vida, bem como o dano em ricochete, que ocorre quando a lesão atinge terceiro próximo à vítima propriamente do dano.

Mais, verificou-se o dano em *res ipsa loquitur*, também chamada de teoria onde o fato fala por si mesmo, ocorrendo quando se existe uma hipótese grande de que o dano fora causado através da prática da medicina pelo profissional, que agiu com negligência, imperícia ou imprudência e, ainda, a necessária constatação da ocorrência de culpa para caracterização do erro médico e posterior análise de sua modalidade (imprudência, negligência ou imperícia).

Além disso, consolidou-se acerca do nexos de causalidade ser a relação existente entre a causa e o efeito do erro médico, causado através de ação ou omissão do agente do dano verificado, frisando-se a existência de algumas hipóteses de exclusão do nexos de causalidade, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

Foi-se necessário o estudo das esferas de responsabilização possíveis por erro médico, que podem ser administrativas e jurídicas, que envolve a esfera civil, penal e profissional e podem ocorrer, até mesmo, simultaneamente. Concluiu-se que os elementos da responsabilidade civil na relação médico-paciente são, em regra, contratuais e, de forma excepcional, extracontratuais, frisando-se que se caracteriza como obrigação de resultados aquela em que o devedor assume a obrigação de fornecer um resultado certo e determinado, sem o qual haverá o inadimplemento e a obrigação de meios aquela em que o devedor se obriga tão-somente a empregar sua técnica a fim de alcançar um resultado, sem, entretanto, estar vinculado à obtenção deste. Consolidando-se então que a relação médico-paciente é uma obrigação de meio.

Finalmente, resta cristalino que as legislações aplicáveis aos casos de erro médico são o Código Civil (CC) em caso de instituições públicas e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em casos da esfera de instituições privadas, concluindo-se frisando a necessidade de informação acerca do tratamento ao paciente e os seus eventuais riscos e complicações existentes em determinado tratamento para que, assim, ele possa assinar o consentimento, sendo este o instituto do consentimento informado que é a principal causa de processos judiciais por erro médico.

Exposto o contexto acerca da responsabilidade civil e sua abrangência perante o erro médico e suas especificidades, buscou-se analisar os impactos da indústria da medical malpractice no Brasil, que tem ganhado espaço e força nas últimas décadas o que demonstrou a necessidade da busca de políticas e meios visando desestimular a sobrecarga do sistema e ajudar os profissionais de saúde no que tange a enxurrada de processos infundados e inconsistentes.

Além disso, analisou-se a medicina defensiva, concluindo-se que ela se trata de um reflexo do comportamento da própria população frente aos médicos e que a implementação de políticas públicas a fim de desestimular a judicialização da medicina seria a melhor opção para a diminuição de exames desnecessários, tanto no SUS como na saúde suplementar, diminuindo, conseqüentemente, a necessidade de tributos para manter o SUS, e, no caso dos planos de saúde, a possibilidade de planos com mensalidades mais acessíveis para a população brasileira.

Assim, fez-se necessário demonstrar as transformações administrativas dentro do poder judiciário a fim de adaptar esse poder ao significativo aumento de demandas na área médica e da saúde, frisando-se a sistemática que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem adotando através de Atos Administrativos a fim de preparar o Poder Judiciário, do ponto de vista de gestão interna, para a realidade da judicialização da medicina e da saúde, que tem alcançado níveis vertiginosos de demandas em diversos tribunais brasileiros.

Por fim, consolidou-se a vulnerabilidade do médico no caso concreto mediante a grande importância do diagnóstico no tratamento de qualquer patologia e a importância da diagnose durante procedimento médico ou determinado tratamento que o profissional deverá escolher, levando-se em conta que, ainda que o médico tenha interpretado de maneira correta as informações de um exame diagnóstico, existe a falibilidade humana e a imprecisão da própria ciência, além de propor uma reflexão acerca da vulnerabilidade médica frente a pandemia da COVID-19, visto que ela descortinou vulnerabilidades, agravadas pelo contexto da pandemia tanto em relação aos pacientes como em relação aos profissionais de saúde, visto que eles passam, também, à condição de sujeitos vulneráveis, na medida em que são demandados em condições extremas e se arriscam, diariamente, à contaminação.

Frente o estudo do crescimento e consolidação da “indústria de erro médico” no Brasil passou-se a análise do surgimento do seguro de responsabilidade civil decorrente de

erro médico, frisando-se que o contrato de seguro é aquele onde uma pessoa se obriga, diante a ocorrência de evento futuro e incerto, a pagar uma quantia (prêmio) a outra, que pode ser o contratante ou pessoa indicada por ele, tratando-se de contrato bilateral, oneroso, aleatório, consensual e por adesão.

Além disso, conclui-se que o seguro de responsabilidade civil é aquele em que o segurador se responsabiliza pelo pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro e tem por objeto transferir para o segurador as consequências de danos causados a terceiros, pelos quais possa o segurado responder civilmente e possui como objeto o reflexo patrimonial decorrente do ato ilícito culposo.

Nesse sentido, consolidou-se que o seguro de responsabilidade civil do médico é um meio de gerar receita para arcar com eventuais despesas decorrentes de procedimento médico eventualmente danoso ao paciente, visando garantir até o limite da importância segurada, o reembolso das reparações pecuniárias devido a ações ou omissões, decorrentes da Prestação do Serviço de Assistência à Saúde.

Frisou-se que a adoção do seguro de responsabilidade civil do médico possui suas vantagens, mas, também, suas desvantagens e que, apesar de não ser imprescindível por hora no Brasil, a contratação de um seguro visando garantir proteção ao exercício do trabalho médico, evita que um eventual erro médico, possa, financeiramente, acabar com uma carreira. Sendo assim, conclui-se que o socorro securitário, visa tranquilizar o médico, dando-lhe, inclusive, maior segurança para o exercício de suas técnicas.

Nesse sentido, analisou-se que os argumentos que sustentam a instalação do seguro médico são o fato dele garantir economicamente a família do paciente, assegurando financeiramente médicos e hospitais e que o seguro de responsabilidade civil médico gera tranquilidade para o atendimento médico, que retira do profissional o medo do erro, fortalecendo a sua autoconfiança.

No que tange ao campo das desvantagens geradas pela adoção do seguro médico no Brasil, concluiu-se que ele encarece a assistência médica, principalmente no tocante aos melhores profissionais, pois os mais renomados são os mais procurados por pacientes portadores de doenças mais graves e eles serão considerados como de maior risco para as seguradoras, o que acarretará um prêmio de seguro mais caro a eles, gerando o gradativo abandono pelos profissionais das especialidades de risco.

Outro aspecto exposto foi o fato de as seguradoras exigirem uma grande quantidade de exames complementares para descaracterização do erro, levando os médicos a requisitarem exames desnecessários, que apenas geram gastos. Além disso, observou-se que o seguro estimula a distribuição de processos contra médicos, tendo em vista maior facilidade em ser ressarcido e a deterioração da relação médico-paciente, considerando a desconfiança que este seguro pode gerar, além da inibição da modernidade, na medida em que poucos serão os médicos que se arriscarão a utilizar terapêuticas inovadoras ou de alto risco.

Finalizou-se, com um comparativo acerca do seguro de responsabilidade civil por erro médico nos Estados Unidos e no Brasil, constatando-se que a adoção do seguro de responsabilidade civil por má prática médica nos Estados Unidos não gerou a eliminação ou mesmo diminuição do erro médico punível. Ao contrário, o que os dados demonstram é que no mencionado país a adoção dessa modalidade de seguro não impediu sequer o aumento da litigiosidade. Sendo assim, o seguro seria um mero paliativo aos problemas vivenciados por médicos e pacientes.

Notou-se também que a realidade norte-americana, aos poucos, vem sendo transportada para o Brasil, sobrecarregando o Poder Judiciário brasileiro e, ao mesmo tempo, assustando os profissionais médicos, o que faz com que alguns profissionais se posicionem contra o sistema americano e realizou-se uma análise da atividade médica com apoio de atividade jurídica especializada em direito médico no Brasil, visto que é cada vez mais comum vermos mais escritórios de advocacia especializados no direito médico. Dessa forma, os serviços médicos no setor privado cada vez encarecem mais para a população, pois precisam considerar eventuais riscos inerentes à prática da profissão, e no sistema público, devido aos baixos salários, está ocorrendo um êxodo de profissionais atuantes para a área privada.

Conclui-se então acerca da impossibilidade de o sistema de saúde brasileiro arcar com o encarecimento do serviço médico que tal adoção acarreta, além do número de demandas indenizatórias propostas em razão de erro médico não se encontrar ainda em níveis preocupantes no país e principalmente, pelo fato de a adoção de tal seguro não constituir solução para o grave problema que é o erro médico, se limitando ao aspecto financeiro do problema e em nada fortalecendo a relação de confiança que há de existir entre médico e paciente.

De tudo que foi colocado, extrai-se que das péssimas experiências dos Estados Unidos que o seguro é uma mera ilusão de resolução do problema da vulnerabilidade do médico.

Dessa forma, o seguro protege médico, paciente e sociedade unicamente de problemas patrimoniais advindos da responsabilização do primeiro por erro punível. Entende-se, portanto, que a adoção do seguro de responsabilidade civil por erro médico constitui solução paliativa, visto que não enfrenta as questões éticas que a atividade médica apresenta.

Além disso, veja-se que a medicina se trata de uma profissão subjetiva com um alto índice de imprevisibilidade e complexidade, onde o médico, pode apresentar uma situação de vulnerabilidade, tendo em vista as especificidades de cada quadro clínico. Dessa forma, o seguro de responsabilidade civil por erro médico tem se demonstrado de extrema importância para a continuidade do exercício de tal profissão, considerando o aumento do número de processos nesse âmbito no Brasil nos últimos anos. Além disso, temos que ter em vista que a busca pela eliminação ou mesmo redução do erro médico punível é inviável, vez que se trata de uma atividade de alto risco, por mais que se tenha tomado todas as cautelas necessárias.

No entanto, faz-se necessário lutar por melhores condições de trabalho médico no Brasil, pois muitas vezes os danos causados por médicos decorrem das péssimas condições de trabalho a que eles se encontram submetidos e a reversão dessa lógica o quanto antes através de políticas públicas para que a prática da medicina continue sustentável no território nacional, minorando a vulnerabilidade médica existente.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Relação médico-paciente: Informação e compreensão como pressupostos fundamentais à prevenção de litígios. **Migalhas**. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/346654/relacao-medico-paciente-prevencao-de-litigios?s=WA>>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliane. O Redimensionamento das Vulnerabilidades no Âmbito da Relação Médico-Paciente diante da COVID-19 no Contexto Pandêmico Brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.47. Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea. p. 342-358. Belo Horizonte. 2021. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270>>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- AYRES, José Ricardo; FRANÇA JÚNIOR, I; CALAZANS, G. J., & SALETTI FILHO, H. C. O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios. *In*: D. Czeresnia & C. M. Freitas (Orgs.). **Promoção da saúde: conceitos, desafios, tendências**. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2003.
- BERTOLOZZI, Maria Rita et al. Os conceitos de vulnerabilidade e adesão na Saúde Coletiva. **Revista Escola Enfermagem USP**. 43, Esp 2, f.1326-1330, 2009.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília/DF. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 23 set 2020.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília/DF. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 23 set 2020.
- BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Brasília/DF. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: em:
- BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. **Manual de Orientação Ética e Disciplinar**. coord. Nelson Grisard. colab. Irineu Ramos Filho. 2 ed. rev. atual. Florianópolis. Cremesc, 2000. <<http://www.portalmedico.org.br/regional/crmsc/manual/parte3d.htm>>. Acesso em 29 out. 2020.
- BRASIL. Instituto de Resseguros do Brasil. **Revista do IRB**, ano 37, n.214, out.-dez. 1977.
- BRASIL. Ministério da Saúde. FIOCRUZ. **Risco de espalhamento da COVID-19 em populações indígenas: Considerações preliminares sobre vulnerabilidade geográfica e sociodemográfica**. Fiocruz. 2020. Disponível em: <<https://ds.saudeindigena.icict.fiocruz.br/bitstream/bvs/1869/1/N%C3%BAcleo%20de%20M%C3%A9todos%20Anal%C3%ADticos%20para%20Vigil%C3%A2ncia%20em%20Epidemiologia%20do%20PROCCFiocruz%20e%20e%20Grupo%20de%20Trabalho%20sobre%20Vulnerabilidade%20Sociodemogr%C3%A1fica%20e%20Epidemiol%C3%B3gica%20dos%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20no%20Brasil%20%C3%A0%20Pandemia%20de%20COVID-1.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AG n. 1.215.680 - MA** (2009/0164987-1). Relatora: Maria Isabel Gallott. Dje. 03 out. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24709691&num\\_registro=200901649871&data=20121003&tipo=5&formato=P DF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24709691&num_registro=200901649871&data=20121003&tipo=5&formato=P%20DF)>. Acesso em 11 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp nº 1.471.694 - MG**. Relator: Mauro Campbell Marques. Dje. 02 dez. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42443742&num\\_registro=201401884372&data=20141202&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42443742&num_registro=201401884372&data=20141202&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 11 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **APC 70038593497**. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto Dje. 06 ago. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113155400/apelacao-civel-ac-70054317573-rs>>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APC n. 70074148396**. Dje. 20 out. 2017. Disponível em: <

CALDAS DOS SANTOS, J.F; SIQUEIRA, A; PRAÇA, H; ALBUQUERQUE, H. Vulnerabilidade a formas graves de COVID-19: Uma análise intramunicipal na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, **36(5)**, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v36n5/1678-4464-csp-36-05-e00075720.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

CAMPBELL, Alastair V. Pessoas vulneráveis: Experiências e esperança. *In*: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. (Orgs.) **Bioética: Poder e Injustiça**. Trad. Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. p.87-93. São Paulo. Edições Loyola, 2004.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **latrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Regina Ribeiro Parizi. **Parecer: Processo-Consulta CFM 6696/98**. aprovado em sessão plenária de 12 nov. 1999, Arquivos CRM-PR, 17(68). 2000.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo. Método, 2005.

CHAVES, Beatriz de Andrade. O seguro de responsabilidade civil por erro médico no Brasil. **Conteúdo Jurídico**. Brasília/DF. 2018. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51189/o-seguro-de-responsabilidade-civil-por-erro-medico-no-brasil>>. Acesso em: 23 set 2020.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o Direito**. 2. ed. São Paulo. Saraiva. 2002

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil** v.1. 6. ed. Forense. Rio de Janeiro.1997.

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. v.1. 6. ed. Forense. Rio de Janeiro.1979.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. v.8. 16. ed. São Paulo. Saraiva. 2002.

EDITORIAL LANCET. **Redefining vulnerability in the era of COVID-19**. Lancet. v. 395, 2020. Disponível em:

<<https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S01406736%2820%2930757-1>>.

Acesso em: 05 nov. 2020.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v.11. Saraiva. 1962.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. aument. e atual. Malheiros. São Paulo, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico**. 2.ed. Montes Claros. Unimontes, 2000.

FREIRE DE SÁ, M; ANTUNES, I; TORQUATO, B. Responsabilidade civil dos profissionais de saúde ante diante da Covid-19. **Consultor Jurídico**. 2020

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/direito-pos-graduacao-responsabilidadecivilprofissionais-saude-covid-19?imprimir=1>>. Acesso em: 13 out. 2020.

GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. 2 ed. rev. atual. ed. Unimontes. Montes Claros, 2000.

GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. 3 ed. rev. atual. ed. Unimontes. Montes Claros, 2001.

HEISLER, Roger. **O erro médico na realidade brasileira contemporânea num contexto sócio jurídico-político e a responsabilidade civil do profissional médico**. Tese. Graduação em Direito. 77 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

HOSSNE, Willian Saad. Dos referenciais da Bioética: A vulnerabilidade. **Bioethikos, Centro Universitário São Camilo**. 3(1), p.41-51, 2009. Disponível em:

<<https://saocamilo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/68/41a51.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Responsabilidade Civil do Médico. **RT 718/33, Revista Jurídica Síntese**, n. 231, jun. 1997.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. RT, 2001.

KOTTOW, Miguel. Comentários sobre Bioética, Vulnerabilidade e Proteção. *In*: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. Trad. Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. p.71-79. São Paulo. Edições Loyola, 2004.

LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília/DF. 2012.

LOPES, Teresa Ancona. **O Dano Estético**: Responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo. RT. 1999.

MACKIN, Ruth. Bioética, Vulnerabilidade e proteção. *In*: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. Trad. Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. p.59-70. São Paulo. Edições Loyola, 2004.

- MASCARENHAS, V.; CAROCI-BECKER, A; VENÂNCIO, K; BARALDI, N; DURKIN, A; RIESCO M. L. COVID-19 e a produção de conhecimento sobre as recomendações na gravidez: revisão de escopo. **Rev. Latino-Americana. Enfermagem**, v.28, Ribeirão Preto, 2020. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010411692020000100606&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010411692020000100606&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 03 nov. 2020.
- MEIRELLES, Ana Thereza; ARAÚJO FILHO, José Edson; VERDIVAL, Rafael. **Vulnerabilidade, Médicos e Pandemia**. Disponível em: <<http://cvmed.com.br/2021/01/05/vulnerabilidade-medicos-e-pandemia/>>. Acesso em: 06 jan. 2021.
- MEIRELLES, Ana Thereza; BARBOSA, Amanda Souza. Dano iatrogênico e erro médico: O delineamento dos parâmetros para aferição da responsabilidade. **Revista Thesis Juris**. São Paulo. RTJ, v. 6, n. 1, jan./abr., p. 186-209. 2017.
- MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev, atual. e aumen. Editora. Atlas, São Paulo. 2014.
- MENDES, Antônio Carlos. **Bioética**. v. 2, n. 2, Conselho Federal de Medicina, Brasília. 1994.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Ed. Atlas S.A. 1999.
- MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição e princípio. **Revista Brasileira de Bioética**, 2(2), 2006. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966/6538>>. Acesso em: 05 out. 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.3. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.
- PERES, Paula Rodrigues. **A responsabilidade civil do estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7040](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7040)>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico: inversão do ônus da prova**. 4. ed. Editora Juruá. Curitiba, 2016.
- SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética**. 2. ed. Revista, atual. e amp. Belo Horizonte. Del Rey. 2001.
- SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense. 1969.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil, v.2, abril/junho, 2000.
- VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade Civil Médica e Seguro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2001.

WERNECK, G; CARVALHO, M. A pandemia de COVID-19 no Brasil: Crônica de uma crise sanitária anunciada. **Cad. Saúde Pública**, 36(5). 2020. Disponível em: <<https://blog.scielo.org/wp-content/uploads/2020/05/1678-4464-csp-36-05-e00068820.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.