

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR NEGLIGÊNCIA: COMENTÁRIOS À
APELAÇÃO CÍVEL N.º 5001577-70.2014.8.21.0035/RS**

Larissa Soares de Melo¹

Prof.^a Dra. Liane Tabarelli²

RESUMO

A presente pesquisa consiste na análise das principais questões jurídicas envolvidas na responsabilidade civil médica por negligência, discorrendo sobre os pontos que a ela se relacionam em virtude das variadas regras que sobre ela incidem. Para tanto, utiliza-se o método indutivo por meio do exame aprofundado da Apelação Cível de n.º 5001577-70.2014.8.21.0035/RS, decisão em que aplicou-se a teoria da perda de uma chance, pela perda da chance de evitar a evolução crítica do quadro clínico, para caso em que um infante, após passar por inúmeros médicos e obter inúmeros diagnósticos incorretos, teve uma evolução grave em seu quadro clínico, em razão, justamente, da negligência dos médicos, que não se atentaram para as particularidades do caso concreto e tampouco fizeram os exames necessários e disponíveis a eles. Neste entremeio, além de examinar os julgados e seus fundamentos, o presente trabalho também discorreu a respeito da possibilidade de se responsabilizar o médico pela negligência como falha na prestação do serviço bem como responsabilizar o médico pelos danos decorrentes do diagnóstico tardio que origina danos, para tanto, apresentou-se os posicionamentos de diversos doutrinadores renomados da área de responsabilidade civil bem como julgados nacionais que seguiram esta direção. Por fim, concluiu-se de toda a análise e, inclusive, da argumentação extraída da Apelação Cível de n.º 5001577-70.2014.8.21.0035/RS, que é possível, através da aplicação da teoria da perda da chance, a responsabilização médica por negligência relacionada ao diagnóstico tardio quando ocorre uma falha na prestação de serviço que gera danos. Todavia, tal entendimento não gera o esgotamento do tema, tendo em vista que ainda há divergência a respeito da matéria.

Palavras-chaves: Direito à saúde; Responsabilidade civil médica; Falha na prestação do serviço; Diagnóstico tardio; Perda de uma chance.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil médica por negligência é uma temática de imensa abrangência e relevância, tendo em vista que a atuação médica é permeada por riscos oriundos dos bens jurídicos por ela tutelados. Neste viés, surgem diversas questões a respeito da temática, todavia, uma delas, a qual se pretende responder a partir da presente pesquisa, é: o médico pode ser responsabilizado civilmente por negligência em virtude do diagnóstico tardio que ensejou danos?

Em razão deste questionamento, surgem diversos apontamentos realizados pela doutrina e pela jurisprudência, visando-se extrair solução justa e adequada que balanceie corretamente

¹ Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: Larissa.Soares01@edu.pucrs.br

² Orientadora: Prof.^a Dra. Liane Tabarelli. Professora adjunta do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: liane.tabarelli@pucrs.br

os direitos do médico, inclusive, suas limitações decorrentes da condição de falibilidade enquanto pessoa humana, e os deveres dos médicos que se vinculam à cautela e à diligência.

Nesta senda, em que pese a responsabilidade civil médica por negligência não se constitua em uma inovação para os parâmetros jurídicos, observa-se que os casos permaneceram e permanecem ocorrendo, o que ensejou a incidência de novas legislações e a importação de teorias de outros países como, por exemplo, a teoria da perda de uma chance. Salienta-se que a importação da teoria da perda das chances tinha por vislumbre que se pudesse responsabilizar os médicos quando perdessem as chances, por exemplo, nos casos de negligência, de evitar que o paciente vivenciasse um prejuízo que, sem a conduta inadequada, o paciente não teria vivenciado.

Neste sentido, a decisão analisada (Apelação Cível de nº 5001577-70.2014.8.21.0035/RS) trouxe muita relevância jurídica ao decidir pelo improvimento, por unanimidade, do recurso de apelação da cooperativa médica em face de sentença condenatória de indenização ao paciente. No caso em tela, o relator entendeu pela aplicação da teoria da perda de uma chance à caso em que um infante, após passar por inúmeros médicos e diagnósticos incorretos, teve uma evolução grave em seu quadro clínico em razão, justamente, da negligência dos médicos que não se atentaram para as particularidades do caso concreto e tampouco fizeram os exames necessários e disponíveis a eles, o que poderia ter evitado a evolução crítica do quadro clínico.

Desta feita, através do método indutivo, o presente artigo busca analisar a viabilidade de se responsabilizar o médico em casos desta natureza, em que, por negligência, o médico não diagnostica o paciente gerando danos, como, por exemplo, a evolução do quadro clínico, que pode, inclusive, levar o paciente a óbito. Além da análise da viabilidade, a presente pesquisa visa apresentar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

O presente artigo inicia-se apresentando o direito fundamental social à saúde, que possui por enfoque a concretização do princípio da dignidade humana, como um direito de todos e uma responsabilidade do estado. A seguir, expõe regras de direito do consumidor que são aplicáveis à relação médico-paciente, em razão da condição do médico de prestador de serviços, e das regras destaca-se, principalmente, a vulnerabilidade técnica do paciente e a possibilidade da inversão do ônus da prova quando o paciente for hipossuficiente economicamente.

Por sua vez, após, faz-se apontamentos acerca do código de ética médica com as principais informações acerca dos princípios fundamentais e dos direitos e deveres nele inseridos. Depois, discorre-se sobre a responsabilidade civil médica atentando-se para a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual bem como para a diferenciação de obrigações de meio e de resultado.

Em prosseguimento, apresenta-se os requisitos necessários para configuração do dever de indenizar na seara médica (conduta humana, nexos de causalidade, dano e culpa médica). Salienta-se, por oportuno, que na esfera do dano disserta-se sobre a forma de sua quantificação.

Após, analisa-se o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, em face da sua aplicação ao médico. Depois, discorre-se sobre o risco inerente a profissão que é relacionado a compreensão de periculosidade inerente que se fundamenta nos critérios de normalidade e previsibilidade e discorre-se com brevidade sobre o erro médico.

Em sequência, disserta-se sobre a negligência pela omissão do tratamento que decorre, por exemplo, do não encaminhamento do paciente aos cuidados necessários. Ademais, expõe-se conceitos relacionados à responsabilidade civil médica por negligência como o erro profissional, o dever de diligência do médico e uma ideia superficial sobre os padrões de conduta que fundamentam o dever de diligência e cautela.

Após, apresenta-se maior aprofundamento sobre o erro profissional e sobre a necessária aplicação dos padrões de conduta, de procedimento e de técnica e a exposição do conceito de erro médico mais aprofundado realizando-se, no final do tópico, uma análise da falha na

prestação de um serviço. Depois, aprofunda-se um pouco mais sobre padrão de conduta e apresenta-se os conceitos acerca dos erros de diagnóstico como fundadores de danos à saúde com a exposição de julgados sobre a temática.

Por fim, expõe-se reflexões acerca da teoria da perda de uma chance e conclui-se com a apresentação da apelação cível analisada no presente trabalho que enlaça todos os tópicos apresentados ao longo da pesquisa.

2. O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

O direito à saúde é um direito fundamental social, ou seja, direito previsto expressamente na Carta Magna. Logo, é imprescindível que se considere que os direitos fundamentais são os direitos estruturais do ordenamento jurídico, sendo que, através deles, visa-se obter uma existência digna aos seres humanos regidos pela respectiva Constituição.

Os direitos fundamentais são subdivididos em gerações em virtude da época em que foram desenvolvidos e da sua origem conceitual relacionada à revolução francesa. Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos individuais vinculados à liberdade enquanto os da segunda geração são os direitos sociais vinculados à igualdade³. Diante disso, o Estado transformou-se no agente gerador dos pressupostos necessários à concretização destes direitos fundamentais sociais⁴. Por fim, os direitos fundamentais de terceira geração são direitos vinculados à fraternidade e à solidariedade⁵. Os direitos fundamentais sociais são direitos cuja base é o princípio da dignidade humana que é o princípio norteador da Constituição Federal. Sob essa égide, a pessoa humana deve ser protegida em todas as partes de sua existência para que se obtenha mínima segurança de uma vida digna. Sendo assim, observa-se que a saúde é um direito essencial para uma existência digna, visto que é uma garantia de que a vida terá a mínima dignidade possível. Os direitos fundamentais sociais são regidos pelo princípio da universalidade, logo, a totalidade das pessoas são titulares destes direitos⁶.

Em seu cerne, os direitos fundamentais possuem uma “proibição de intervenção”, no entanto, também possuem uma vedação quanto à insuficiência da proteção⁷, visto que a ausência de proteção devida a um direito fundamental gera uma violação flagrante à própria dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais sociais possuem dupla dimensão: positiva e negativa⁸. No direito à saúde, é perceptível a dimensão defensiva, cuja finalidade é o dever de não interferir, sendo que, desta forma, veda-se qualquer ato que cause danos ou que ameace a saúde da pessoa humana, assim, trata-se de um dever negativo, todavia, ao mesmo tempo, o direito à saúde possui uma função de prestação que é um dever positivo⁹. Desta forma, o direito social à saúde trata-se de direito fundamental social de segunda geração estando sob gerenciamento do Estado e, em razão disso, consta expressamente na Carta Magna.

O direito à saúde encontra-se no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1998. Neste artigo, são elencados alguns dos direitos fundamentais sociais, quais sejam: “educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

³ MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 38ª ed., São Paulo: Atlas, 2022, p. 37 e 38.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2020, p. 581.

⁵ MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 38ª ed., São Paulo: Atlas, 2022, p. 38.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 645.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 739.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 645.

⁹ *Ibidem*, 2020, p. 645.

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]”¹⁰. Observa-se que a Constituição Federal de 1988 é a primeira constituição da história do Brasil que contemplou o direito fundamental à saúde¹¹. O direito à saúde vincula-se, em seu objeto, ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana¹² bem como à proteção da integridade física do ser humano¹³.

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 define que a saúde é direito de todos e dever do Estado, este que deverá garantir este direito através de políticas sociais e econômicas cujo objetivo seja minimizar “o risco das doenças e outros agravos”, além disso, o artigo também estabelece que as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação à saúde são de acesso universal e igualitário¹⁴. Trata-se de artigo tão importante que é justificativa, inclusive, de tutelas de urgência¹⁵. Nestes termos, trata-se de um artigo complexo e cheio de nuances que devem ser analisadas separadamente:

a) a saúde é direito de todos: sendo assim, a saúde é um direito individual e também um direito coletivo¹⁶ possuindo uma dupla dimensão como individual e coletiva¹⁷. Ressalta-se que não existe direito absoluto no ordenamento jurídico a toda e qualquer maneira de promoção, proteção e recuperação da saúde ainda que uma política pública o estabeleça¹⁸. No que diz respeito à titularidade, trata-se de direito subjetivo, ou seja, possui uma titularidade universal (todos os sujeitos a possuem)¹⁹. b) a saúde é dever do Estado: neste sentido, cabe ao Estado desenvolver as políticas públicas necessárias “à redução do risco de doença e de outros agravos”²⁰. Quanto aos destinatários destes direitos, é pacífico o entendimento de que os direitos sociais geram obrigações vinculadas aos órgãos estatais²¹ eis que são impostas diversas tarefas ao Poder Público²². Ademais, entende o Supremo Tribunal Federal que a responsabilidade do Estado é solidária, tendo em vista que irá abranger todos os entes federativos²³.

c) a saúde é direito que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas: trata-se de um direito que necessita de políticas sociais para ser concretizado, logo, além da realocação de recursos econômicos para a garantia do direito à saúde, é necessário também que sejam distribuídos valores à pesquisa na área²⁴ que objetivem tratar ou curar novas e velhas doenças bem como reduzir o risco destas doenças ou a possibilidade de agravarem o mal ao

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 778.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 671.

¹³ Ibidem, 2020, p. 672.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 52785936120238217000**. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em: 10-11-2023. Disponível através de pesquisa jurisprudencial pelo site do TJ/RS.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 779.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 678.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 779.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 672.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 779.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 646.

²² Ibidem, 2020, p. 672.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel; **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 678.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 779.

qual o paciente resta submetido. d) políticas sociais e econômicas: em virtude destas políticas, pretende-se, por finalidade, a redução o risco das doenças e outros agravos.

e) as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde sendo de acesso universal e igualitário: trata-se de um sistema universal de acesso à saúde instituído pelo próprio legislador²⁵. Apesar da existência deste sistema universal de saúde, consubstanciado através do conhecido Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal possibilita que exista uma parceria entre o Poder Público e o setor privado visando-se uma certa participação no sistema de saúde público, somente em nível complementar, e trata-se de uma boa opção em virtude da “escassez de recursos”²⁶.

A respeito do princípio da universalidade que permeia o direito à saúde, não se deve pressupor que se trate de um princípio de gratuidade de acesso a toda e qualquer questão relacionada à saúde individual²⁷. Os Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, possuem decisões em que reconhecem, como direito subjetivo e fundamental, o direito à saúde, sendo que, em virtude disso, é cabível que seja exigido em juízo²⁸. Assim, embora o entendimento seja no sentido de que não caberia ao Judiciário “universalizar e efetivar os direitos sociais”, é viável a conclusão no sentido de que a atuação do Judiciário é imprescindível para que as políticas públicas sejam devidamente aprimoradas²⁹.

Desta feita, o direito à saúde como um direito fundamental social alcança importância suficiente para estar sob a tutela do princípio da dignidade humana revelando-se de alta magnitude e relevância a sociedade brasileira. Assim sendo, no presente tópico, a relevância do direito constitucional social à saúde e a necessária aplicação dos princípios constitucionais a esta relação jurídica foram expostas e, a seguir, serão tecidos comentários acerca das demais regras e princípios que incidem sobre esta relação jurídica.

3. A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE E A INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA (LEI N.º 8.078/1999)

Salienta-se que a relação médico-paciente perpassa a legislação consumerista ao ponto que o médico atua como uma espécie de fornecedor de serviços enquanto o paciente funciona como um consumidor da prestação do serviço fornecido. Nesta relação, o paciente experimenta algum nível de desconforto, qualquer que seja, no âmbito de sua saúde, e o médico presta serviço cuja finalidade última é sanar o desconforto experimentado pelo paciente e, conseqüentemente, gerar melhorias na condição de vida do paciente.

Caracteriza-se como consumidor: a) aquele que é destinatário fático e econômico do produto ou serviço; b) aquele que adquire o produto ou serviço encontra-se em situação de vulnerabilidade³⁰. A “vulnerabilidade” trata-se de conceito da essência do direito do consumidor, sendo que, em razão da observância dos artigos 2º e 4º, inciso I, ambos do Código de Defesa do Consumidor³¹, existe uma presunção de vulnerabilidade no que se refere às pessoas físicas³². Entende-se o consumidor como uma das partes da relação de consumo,

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 780.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 786.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel; **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 674.

²⁸ *Ibidem*, 2020, p. 677.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 819.

³⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 9.

³¹ BRASIL. **Lei N.º 8.078, 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm

³² BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 116.

todavia, em função de sua vulnerabilidade e de sua “manifesta inferioridade”, será considerado um partícipe desigual em relação ao fornecedor de serviços³³. A presunção de vulnerabilidade apresentada pelo Código trata de uma presunção absoluta (*iure et de iure*), ou seja, não admite prova em contrário³⁴.

O princípio do favor debilis trata-se do reconhecimento de que, para que todos sejam iguais, é necessário que se aplique a igualdade material, logo, a presunção de vulnerabilidade vem como uma garantia da igualdade material nas relações de consumo, visto que se reconhece que existem pessoas com maior poder aquisitivo, maior acesso à informação bem como outros acessos que outros não possuem³⁵. A vulnerabilidade é uma circunstância, permanente ou provisória, individual ou coletiva, de “enfraquecimento” do sujeito de direitos que gera um desequilíbrio na relação jurídica, visto que a balança penderá sempre para o lado mais forte que não será o do consumidor³⁶. A vulnerabilidade subdivide-se em quatro: a) técnica – consistente na ausência, pelo consumidor, do necessário conhecimento específico acerca de um determinado produto ou serviço que esteja consumindo e que se aplica de forma presumida aos consumidores não profissionais e às pessoas físicas³⁷; em contraposição, exige-se ou presume-se uma expertise do fornecedor do serviço³⁸; b) jurídica – consistente em não possuir o conhecimento necessário no âmbito jurídico, contábil ou econômico³⁹; c) fática – consistente em circunstâncias econômicas, físicas ou psicológicas⁴⁰; d) informacional – consistente na ausência das informações necessárias para a análise da compra pelo consumidor⁴¹.

O artigo 6º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que a vida, a saúde e a segurança deverão ser protegidas em virtude de eventuais riscos oriundos de serviços “perigosos ou nocivos”, sendo assim, objetiva-se proteger a integridade física do consumidor, ou seja, o direito do consumidor em não ser exposto a riscos indevidos dos quais não fora previamente informado⁴². Assim, o artigo supramencionado trata do direito do consumidor de que o fornecedor de um serviço se utilize de todas as “condições adequadas” à conservação de sua integridade física e psíquica⁴³. Em semelhante aspecto, o artigo 8º do mesmo Código, estipula o dever de zelo do fornecedor a respeito da qualidade dos serviços que coloca em circulação, visando que seja responsabilizado caso estes serviços gerem riscos à saúde ou segurança que não atendam aos critérios de normalidade e previsibilidade⁴⁴.

Embora a responsabilização do médico somente possa ser configurada em caso em que existir comprovação de que o médico incorreu em culpa, é viável, através da fundamentação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que, quando houver “verossimilhança” na narrativa e se tratar de paciente em situação de hipossuficiência, se inverta

³³ GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Cláudia L.; e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 75. E-book. ISBN 9786559645527. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 20 set. 2023.

³⁴ TARTUCE, Flávio; NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 29.

³⁵ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 51.

³⁶ *Ibidem*, 2017, p. 117.

³⁷ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 118.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 136.

³⁹ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 118.

⁴⁰ *Ibidem*, 2017, p. 118.

⁴¹ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 118.

⁴² JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 52.

⁴³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 222.

⁴⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 77.

o ônus da prova para que se torne obrigação do médico, dotado de melhores condições técnicas, comprovar que utilizou-se das melhores técnicas e atuou dentro dos parâmetros da sua profissão bem como que usou de todos os meios necessários, possíveis e devidos para alcançar o melhor resultado para o paciente⁴⁵. Na jurisprudência, a inversão do ônus da prova também é aplicada desde que comprovado o erro médico⁴⁶. Ressalta-se que nem todo consumidor será hipossuficiente e a condição de hipossuficiência não se dá apenas pela impossibilidade financeira de produzir a prova, mas também pela “ausência de meios” para obtê-la⁴⁷. Desta feita, todo consumidor será considerado vulnerável pela presunção *iure et de iure*, no entanto, nem todo consumidor será considerado hipossuficiente se tratando de presunção *juris tantum*⁴⁸. Salienta-se que a hipossuficiência é uma espécie de vulnerabilidade “qualificada”, sendo que, além da situação de vulnerabilidade comum a todos os consumidores, há também uma condição deficitária de recursos, cabendo ao juiz realizar a análise⁴⁹.

No que se refere à responsabilidade civil médica, incidem outras proteções advindas do Código de Defesa do Consumidor, sendo que, dentre tais proteções estipuladas, encontra-se o artigo 6º, inciso VI, o qual estabelece que, aos consumidores, será assegurado o direito à prevenção (em virtude da insuficiência da reparação por si só) e a reparação integral de danos (patrimoniais ou extrapatrimoniais). Ademais, o direito à reparação integral dos danos vivenciados aplica-se à universalidade dos consumidores independentemente de suas características subjetivas (por exemplo, descabe análise de condição financeira)⁵⁰.

Assim sendo, é visível que a incidência da legislação consumerista na relação médico-paciente é expressiva e, em síntese, a incidência desta legislação garante maior proteção ao paciente que é, em regra, tecnicamente vulnerável, mas, ao mesmo tempo, também garante maior segurança à coletividade que terá, na pessoa do médico, a devida confiança de que ele se utilizará de todos os meios para garantir que a prestação do serviço ocorra da melhor forma possível. Nesta senda, demonstra-se que a incidência da legislação consumerista é, por demais, necessária para que equilibre uma relação dispare e *sui generis*, na sequência, serão trazidos apontamentos a respeito do código de ética médica que apresenta tanto deveres quanto direitos devidos ao médico que também merece ser prestigiado em sua atuação.

3.1. COMENTÁRIOS SOBRE O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: APONTAMENTOS ACERCA DOS DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO

A atuação dos médicos repercute em diversas áreas do direito em virtude da sua importância e relevância social. Sobre as prestações de serviços médicos, incidirão as regras do Código Civil e as regras do Código de Defesa do Consumidor, mas, além disso, também incidirão as regras complementares do Código de Ética Médica.

Assevera-se que a “responsabilidade profissional” se trata do rol de obrigações atreladas ao exercício da medicina que, quando descumpridas, ensejam danos indenizáveis⁵¹. Observa-

⁴⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 131.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 50846914620238217000**, Órgão Julgador: Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em: 27-10-2023. Disponível através de pesquisa jurisprudencial pelo site do TJ/RS.

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 136.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio; NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 31.

⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 136.

⁵⁰ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 94.

⁵¹ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 283-284. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

se que o princípio da responsabilidade profissional é admitido pela unanimidade da comunidade jurista e médica, todavia, somente quando atrelado a uma conduta “atípica, irregular ou inadequada” perpetrada em face do paciente⁵². Em seu Item XIX do primeiro capítulo, bem como no seu capítulo terceiro, que analisa a responsabilidade profissional, estabelece-se que a responsabilidade do médico sempre será subjetiva⁵³, o que se relaciona com o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, que estipula que a classe dos profissionais liberais, dos quais os médicos fazem parte, só será responsabilizada mediante demonstração de culpa⁵⁴.

O artigo 2º, da Lei n.º 3.268/1957, estabeleceu “diretrizes” aos Conselhos de Medicina: a) supervisão da ética profissional; b) julgamentos dos médicos; c) disciplina dos médicos; d) o trabalho visando o “perfeito desempenho ético” da medicina e a valorização da profissão⁵⁵. Neste sentido, entende-se que é de competência dos conselhos de medicina atribuir a “responsabilidade moral”⁵⁶. Salienta-se que a liberdade da atuação médica está protegida pelo Código de Ética Médica que estabelece que o médico não poderá permitir “restrições” ou “imposições” à sua atividade que venham a prejudicar a eficiência da sua atuação⁵⁷, logo, o Código de Ética Médica visa garantir uma liberdade ao médico no exercício de sua atividade. Entende-se que a relação obrigacional médico-paciente caracteriza-se por obrigação de fazer que tem por objetivo a preservação da vida, prevenção de doenças ou melhora nas condições pessoais da vida do paciente⁵⁸.

O Código de Ética Médica trata-se do “regramento maior” ao qual estão submetidos os médicos em seu exercício profissional⁵⁹. No que se refere aos princípios fundamentais, percebe-se que, embora não sejam normas tipificadas de infração (sem sanção correspondente para sua violação), deverão as normas ser seguidas para que se alcance o que a lei estabeleceu como “perfeito desempenho ético”⁶⁰. A respeito dos princípios, assevera-se que possuem por finalidade a estruturação e fundamentação das normas que compõem o código, logo, os princípios visam o estabelecimento de uma “dignidade profissional” bem como da apreciação dos interesses dos pacientes e, por fim, o cumprimento de exigências legais⁶¹. Os princípios fundamentais representam o “compromisso” do médico ao exercer sua profissão⁶².

Observa-se que a medicina é fundada como uma profissão que está a serviço da saúde, logo, não poderá ocorrer discriminação de qualquer natureza⁶³. O foco maior da atuação do

⁵² FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

⁵³ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 9-10. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

⁵⁴ *Ibidem*, 2016, p. 9-10, E-book.

⁵⁵ SIMONELLI, Osvaldo. **Direito Médico**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 87.

⁵⁶ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

⁵⁷ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. 5 ed., RS: **Revista dos Tribunais**, 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf 1-26.

⁵⁹ SIMONELLI, Osvaldo. **Direito Médico**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 91.

⁶⁰ SIMONELLI, Osvaldo. **Direito Médico**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 91.

⁶¹ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2019, p. 12-42. E-book. ISBN 9788527735247. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

⁶² *Ibidem*, 2019, p. 12-42. E-book.

⁶³ FONSECA, P. H.C.; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**: De acordo com o Novo CPC. 1ª ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 422.

médico é a saúde do ser humano devendo o médico atuar de forma cuidadosa e cautelosa⁶⁴. Neste viés, a atuação médica deverá ser exercida com a maior cautela possível e deverá ser pautada pela melhor capacitação profissional, assim, é vedado que o médico utilize seus conhecimentos para propiciar qualquer nível de desconforto a outros seres humanos⁶⁵. A esse respeito, o médico deverá trabalhar pelo desempenho ético da profissão e também deverá esforçar-se para melhorar os padrões de serviço médico⁶⁶. Salienta-se que a medicina deverá ser exercida através da utilização dos “meios técnicos e científicos” mais adequados, quando disponíveis, viabilizando-se sempre que possível os melhores resultados⁶⁷.

Assevera-se que, na seara médica, existe um denominado “dever de atualização” que estabelece que o médico deverá estar em constante aprimoramento científico que obterá ao estar sempre estudando, pesquisando e analisando as inovações apresentadas pela ciência, que está em constante alteração, logo, neste sentido, não basta que o médico possua habilitação legal para o exercício da profissão, visto que o médico também deverá estar ambientado, através de congressos, cursos de especialização e estágios, a respeito dos novos procedimentos de exame bem como dos novos meios de tratamento⁶⁸. Neste viés, tem-se que, para se determinar se o dever de atualização foi devidamente cumprido, deverá se analisar se a prática realizada é reconhecida ou aceita pelos estudiosos da medicina⁶⁹.

No que se refere aos direitos do médico, é, em primeiro lugar, garantido ao médico que possa exercer a medicina sem sofrer discriminação de qualquer natureza⁷⁰. Além disso, o Código de Ética Médica também garante ao médico o direito de liberdade em sua atuação profissional, sendo que, em virtude deste direito, poderão esclarecer ao paciente o procedimento que entendem adequado, desde que, é claro, o procedimento escolhido atenda aos critérios estipulados pela ciência e pela legislação, e poderão determinar o período adequado de uma consulta⁷¹. Inclusive, respeitando ao primeiro direito, poderá o médico se recusar a praticar determinados atos com fundamento em questões de sua consciência pessoal⁷².

Em relação aos deveres do médico, estabelece-se que é vedado ao médico causar quaisquer danos aos pacientes oriundos de ação ou omissão em virtude de imperícia, negligência ou imprudência⁷³. Ademais, existem diversas vedações aos médicos, sendo que a prática dos atos vedados configura a necessária a responsabilização do profissional⁷⁴. Neste viés, dentre as diversas práticas vedadas aos médicos, citam-se algumas: a) não poderá delegar atos exclusivos de sua profissão; b) não poderá deixar de prestar atendimento; c) não poderá deixar de comparecer para realizar o atendimento em setores de emergência ou urgência quando

⁶⁴ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2019, p. 12-42. E-book. ISBN 9788527735247. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

⁶⁵ FONSECA, P. H.C; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**: De acordo com o Novo CPC. 1ª ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 423.

⁶⁶ *Ibidem*, 2019, p. 60-110. E-book.

⁶⁷ FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2019, p. 60-110. E-book. ISBN 9788527735247. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

⁶⁸ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

⁶⁹ *Ibidem*, 2020, p. 275-320. E-book.

⁷⁰ FONSECA, P. H.C; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**: De acordo com o Novo CPC. 1ª ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 425.

⁷¹ *Ibidem*, 2016, p. 426-427.

⁷² FONSECA, P. H.C; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**: De acordo com o Novo CPC. 1ª ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 427.

⁷³ *Ibidem*, 2016, p. 429.

⁷⁴ FONSECA, P. H.C; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**: De acordo com o Novo CPC. 1ª ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 430.

tinha obrigação de comparecer; d) não poderá deixar de prestar esclarecimentos aos pacientes que ponham em risco o paciente ou que iriam influenciar sua tomada de decisões; e) não poderá praticar atos desnecessários ou proibidos⁷⁵.

Assim, neste sentido, aduz-se que o Código de Ética Médica traz inúmeras disposições que visam orientar a atuação médica em conformidade com a legislação vigente e com os princípios constitucionais, mas, além disso, também apresenta direitos dos médicos viabilizando que os profissionais possam compreender melhor seus limites de atuação, de forma que o médico exercerá a atividade dentro dos ditames legais e éticos para garantir uma atuação adequada. Desta feita, foram expostos diversos apontamentos acerca dos direitos e deveres dos médicos apontados no referido Código e, em continuidade, serão aprofundados os deveres do atuante da medicina pelo viés da responsabilidade civil.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A finalidade da responsabilidade civil é a reparação ou compensação dos danos vivenciados por uma pessoa em uma relação jurídica obrigacional. A existência humana, de modo geral, é permeada por diversas relações obrigacionais que possuem direitos e deveres, desta feita, resta conflagrado que a configuração de danos é inerente à vida em sociedade bem como a devida obrigação de repará-los.

Na antiguidade, a ideia de responsabilidade civil voltava-se à vingança coletiva, o que ensejava violência coletiva e ampliava ainda mais os danos vivenciados pela sociedade⁷⁶, sendo que, no que se refere aos médicos, eram vistos como seres dotados do poder de cura e o erro por eles cometido era visto como “inevitável”, logo, em regra, era difícil de se buscar uma reparação⁷⁷. Posteriormente, a obrigação de responder por seus atos vinculou-se à vingança privada, consubstanciada pela Lei de Talião, todavia, a violência continuava sendo um problema em virtude da desproporcionalidade do dano causado em relação à consequência imputada⁷⁸. Foi somente com a edição da *Lex Aquilia* que se fixou a responsabilidade civil por intermédio de obrigação patrimonial de indenizar e apenas quando demonstrada a culpa do ofensor⁷⁹, sendo que, além disso, a *Lex Aquilia* também estabeleceu os primeiros critérios para a configuração da responsabilidade e as penalidades para os médicos que tivessem sua culpa demonstrada⁸⁰. Na contemporaneidade, em que pese os médicos ainda sejam vistos com grande reverência, a reparação pelos erros médicos é vista como imprescindível⁸¹.

A respeito da responsabilidade civil na atualidade, toda violação a uma relação obrigacional advinda de lei ou contrato gerada pela quebra de deveres intrínsecos à relação, aos quais os obrigados se submetem, poderá gerar um dano que irá originar a obrigação de reparação⁸². Assim, em síntese, a responsabilidade civil trata-se de um “dever jurídico sucessivo” que se origina através do descumprimento de um “dever jurídico originário”⁸³.

⁷⁵ FONSECA, P. H.C.; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**: De acordo com o Novo CPC. 1ª ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 430.

⁷⁶ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 83.

⁷⁷ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 21.

⁷⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 84.

⁷⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 84.

⁸⁰ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 51.

⁸¹ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 22.

⁸² KHOURI, P. R. R. **Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 186.

⁸³ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

Apesar de a função primordial da responsabilidade civil ser a reparação ou compensação dos danos, entende-se que existe também uma função secundária de viés punitivo⁸⁴. Assim, em regra, a responsabilidade civil é pautada pela obrigação de indenizar a conduta que decorre de um ato ilícito. Neste viés, havendo o descumprimento do “dever jurídico originário”, que cause prejuízos a outrem, a conduta humana atuará como uma “fonte geradora” do dever de indenizar, logo, considerando que a responsabilidade civil é um dever sucessivo, se não houver o descumprimento do dever originário, não existirá o dever de indenizar⁸⁵.

Salienta-se que a configuração de um ato ilícito exige que ocorra a violação de um direito que, conseqüentemente, gera um dano indenizável⁸⁶. É a violação ao dever jurídico originário (o direito) que origina, por consequência, um dever jurídico sucessivo de reparar o prejuízo gerado pela violação primária⁸⁷. A responsabilidade civil parte do ato ilícito visando, por fim, recolocar o lesado no *status quo ante*⁸⁸. O ato ilícito pelo enfoque objetivo vincula-se, exclusivamente, à violação do dever jurídico, em contraposição, o ato ilícito pelo enfoque subjetivo relaciona-se também à vontade do agente⁸⁹. A violação do dever jurídico originário é ensejada pelo descumprimento de uma obrigação que decorre da lei (responsabilidade civil extracontratual ou “aquiliana”) ou do contrato (responsabilidade civil contratual)⁹⁰.

A responsabilidade civil contratual ocorre pelo descumprimento de um negócio jurídico que contenha os devidos requisitos (capacidade civil do agente e objeto lícito, possível, determinado ou determinável)⁹¹. Ademais, observa-se que é a inexecução dos termos pactuados que gera o dever sucessivo de indenizar, tendo em vista o inadimplemento de uma das partes que origina uma presunção de culpa ao contratante inadimplente⁹². Em contraposição, a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana será configurada quando houver o descumprimento de uma obrigação imposta pela própria lei. Entende-se que, nesta modalidade, é a violação dos deveres de cautela e diligência que enseja a obrigação de indenizar, visto que, em momento anterior ao dano gerado, não existe “vínculo jurídico-obrigacional” entre o agente e a vítima, assim sendo, em face disso, somente com a comprovação de culpa do agente é que se poderá atribuir obrigação de reparação do dano vivenciado⁹³.

Quanto à responsabilidade civil médica, resta flagrante que, em regra, se trata de uma responsabilidade civil contratual, visto que a relação jurídica médico-paciente somente ocorrerá fora do contrato em casos muito excepcionais⁹⁴. Observa-se que a obrigação de indenizar o prejuízo causado existirá independente de se originar por contrato⁹⁵.

⁸⁴ KHOURI, P. R. R. **Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 187.

⁸⁵ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 54.

⁸⁷ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 84.

⁸⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 202, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁸⁹ *Ibidem*, 2023, p. 11-34. E-book.

⁹⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 85.

⁹¹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 86.

⁹² SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 86.

⁹³ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 86.

⁹⁴ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 77.

⁹⁵ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 77.

A responsabilidade civil dos médicos é extraída da íntegra do artigo 951 do Código Civil que estabelece que o médico que, por negligência, imprudência ou imperícia, levar o paciente a óbito, causar-lhe agravamento do mal ao qual submetido, lhe gerar lesão ou impossibilitá-lo de trabalhar, será obrigado a indenizar⁹⁶. Desta feita, observa-se que resta flagrante que a responsabilidade civil médica é subjetiva⁹⁷. Apesar da responsabilidade civil subjetiva pressupor, essencialmente, a comprovação de culpa do médico, a jurisprudência entende que existe um “dever de cooperação” do médico para com o paciente, assim sendo, o dever de cooperar origina-se do princípio da boa-fé objetiva que estipula um “dever de cuidado” extenso e genérico a ser adotado pelo profissional⁹⁸.

A responsabilidade civil é subdividida entre indenização pela violação da obrigação de meio ou da obrigação de resultado. A obrigação de meio estabelece que o profissional deverá fazer tudo ao seu alcance para obter um resultado benéfico, procedendo em conformidade com as regras e métodos da profissão, sem obrigatoriedade de, efetivamente, conseguir o resultado pretendido⁹⁹. Salienta-se que, nas obrigações de meio, o indivíduo obriga-se em seu desempenho diligente e cauteloso na atuação ao adotar determinados meios bem como técnicas recomendadas e procedimentos qualificados e regulamentados¹⁰⁰. Compreende-se que as obrigações de meio se relacionarão aos meios que estavam ao alcance deles para o exercício da atividade sem que se garanta um resultado positivo ou eficácia no tratamento¹⁰¹.

Em contraposição, a obrigação de resultado trata-se dos casos em que o profissional se obriga a obter, efetivamente, o resultado pretendido, sendo que o interesse do contratante é justamente o resultado¹⁰². Salienta-se que, em caso de presença simultânea de obrigação de meio e de resultado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que deverá ser a análise “fracionada” para que se averigüe a possibilidade de configuração ou não do dever de indenizar de cada obrigação¹⁰³.

No que diz respeito aos profissionais liberais, existe um pressuposto de que o profissional liberal assume uma obrigação de meio ou um dever de diligência em sua atuação¹⁰⁴. Neste sentido, os profissionais liberais atuam pela modalidade de obrigação de meio, visto que, em geral, se obrigam a empregar os meios devidos e autorizados sem que exista uma garantia ou vinculação a um resultado específico¹⁰⁵. Em se tratando de responsabilidade civil médica, a prestação do serviço deverá, em conformidade com o dever de diligência, ser realizada de forma cautelosa e prudente, nos termos da evolução científica, sendo que, por ocasião da obrigação de meio, o médico deverá utilizar-se de todos os meios possíveis e cabíveis bem como as técnicas necessárias para viabilizar ao paciente os melhores cuidados¹⁰⁶.

⁹⁶ BRASIL. **Lei N.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

⁹⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 140.

⁹⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 117.

⁹⁹ NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 77-78.

¹⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 479-494. E-book. ISBN 9788530986087. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em: 13 out. 2023.

¹⁰¹ CHAGAS, Edilson Enedino; SANTANA, Héctor Valverde. **Responsabilidade Civil Decorrente do Erro Médico**. 10 ed., n.º 10, Brasília: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, 2013. Em pdf, p. 297-311. DOI 10.5102/repp.v3i2.2536.

¹⁰² NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 78.

¹⁰³ STJ. REsp 1.097.955/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 27.09.2011.

¹⁰⁴ TARTUCE, Flávio; NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 140.

¹⁰⁵ KHOURI, P. R. R. **Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 216.

¹⁰⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 118.

Desta feita, conclui-se que a responsabilidade civil médica poderá ser de resultado ou de meio, sendo que, como regra, é de meio, e ela poderá ser contratual ou extracontratual, sendo que, em geral, se trata de responsabilidade contratual. Assim sendo, foram apresentadas características essenciais no que diz respeito à responsabilidade civil médica, e, a seguir, serão analisados os requisitos para que esta responsabilidade seja efetivamente configurada.

5. REQUISITOS DO DEVER DE INDENIZAR NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil médica possui quatro pressupostos essenciais, quais sejam: a) conduta; b) nexo de causalidade; c) dano ou prejuízo; d) culpa. Conforme ressaltado anteriormente, não há que se falar em responsabilidade civil de profissional liberal sem que seja demonstrada a culpa, visto que, em se tratando de responsabilidade subjetiva, exige-se a existência de culpa para a configuração do dever de indenizar.

Partindo à análise, e iniciando pela “conduta” como primeiro requisito, observa-se que é necessário que se trate de conduta humana, sendo que, pelo viés da legislação consumerista, consubstancia-se na pessoa do prestador de serviços, ou seja, trata-se da conduta do médico¹⁰⁷. A conduta humana voluntária constitui-se em um gênero que se subdividirá em duas espécies, quais sejam, a ação (ou comissão) e a omissão¹⁰⁸. A conduta humana voluntária através de uma ação ocorrerá quando o agente fizer alguma coisa que gere prejuízo a outrem, ou seja, trata-se de uma conduta ativa e positiva (consistente em fazer algo que não deveria)¹⁰⁹, sendo que a regra é a responsabilidade civil se tratar de ação ou comissão relacionada à modalidade de imprudência¹¹⁰. Em contraposição, a conduta humana voluntária através de uma omissão ocorrerá quando o agente deve agir, todavia, se omite, e sua omissão gera um dano a outrem, ou seja, se trata de uma conduta passiva e negativa (não fazer algo que deveria ter feito)¹¹¹. A responsabilidade civil por omissão é relacionada com a modalidade de negligência e é considerada excepcional, sendo que, para configurar o dever de indenizar, será necessário provar que existia uma obrigação à prática do ato pelo agente, todavia, ele não a adimpliu¹¹².

Seguindo o exame dos requisitos, o segundo pressuposto é denominado “nexo de causalidade” que se trata da vinculação da conduta do agente com o dano experimentado pela vítima¹¹³. Na responsabilidade civil brasileira, é adotada, majoritariamente, a teoria da causalidade direta e imediata que entende que é preciso que seja demonstrado, efetivamente, o nexo causal entre conduta e dano¹¹⁴. No entanto, nas situações em que há diversos fatores que possam ter contribuído para o prejuízo gerado, os tribunais também aplicam a teoria da causalidade determinante em que se observa o motivo determinante.

O terceiro pressuposto é o dano ou prejuízo que se trata de requisito imprescindível para configuração do dever de indenizar, sendo necessário que seja o dano comprovado para que a responsabilidade civil seja fixada¹¹⁵. Salienta-se que, na ausência do dano, não haverá o

¹⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 613.

¹⁰⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 88.

¹⁰⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 88.

¹¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 201.

¹¹¹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 88.

¹¹² TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 201.

¹¹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 621.

¹¹⁴ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 90-91.

¹¹⁵ KHOURI, P. R. R. **Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 189.

reconhecimento da obrigação de indenizar¹¹⁶. Há duas espécies de danos: a) dano patrimonial que é objetivo, ou seja, quando efetivamente demonstrado, deverá ser indenizado, sendo que se subdivide em danos emergentes e lucros cessantes; b) dano extrapatrimonial que está intrinsecamente vinculado à violação dos direitos da personalidade¹¹⁷. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é cabível, pelo mesmo fato, a cumulação da fixação de indenização por dano patrimonial e por extrapatrimonial¹¹⁸.

Observa-se que, para a configuração do dano extrapatrimonial, será necessário que, efetivamente, se demonstre que houve um sofrimento de teor excepcional que se afasta de um mero dissabor¹¹⁹, visto que, na ausência desta comprovação, não haverá dever de indenizar. O dano extrapatrimonial é uma categoria autônoma que não depende ou se vincula à configuração do dano patrimonial¹²⁰. Em voto de recurso especial de sua relatoria, a Ministra Nancy Andrighi determinou alguns critérios norteadores para quantificação do dano moral:

[...] Alguns critérios norteiam esta avaliação, tais como: o grau de culpa do ofensor, suas condições econômicas, as consequências e circunstâncias do evento danoso, o comportamento, idade e sexo da vítima, a gravidade da lesão, localização das sequelas, a permanência do sofrimento e, sobretudo, seus reflexos na readaptação do acidentado na vida social. [...] ¹²¹

A quantificação do *quantum debeatur* deverá ser realizada através de uma análise de proporcionalidade entre a punição pecuniária do lesante, a capacidade econômica da vítima, a capacidade econômica do ofensor, a gravidade da conduta do lesante (grau de reprovabilidade da conduta), a extensão do dano e a repercussão da ofensa na esfera jurídica do lesado¹²². Além disso, a gradação da culpa irá interferir na quantificação indenizatória¹²³. Em se tratando de caso que o paciente venha a óbito, o médico deverá indenizar pelas despesas do tratamento, de seu funeral e do luto da família, inclusive, prestando alimentos aos que o paciente era obrigado a alcançar¹²⁴. Já em caso de lesão à saúde do paciente, o médico deverá indenizar pelas despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o momento que finde a enfermidade¹²⁵. O dano rompe o “equilíbrio jurídico-econômico” que existia entre o agente e a vítima, do que se origina o dever de recompor tal equilíbrio através da recondução do ofendido ao *status quo ante*¹²⁶.

O quarto requisito é a culpa do médico que deverá ser demonstrada pelo paciente para que ocorra a configuração do dever de indenizar. Salienta-se que existe a culpa em sentido amplo, que abarca o dolo com a intenção de gerar dano a outrem, e a culpa em sentido estrito, que se relaciona com o descumprimento do dever de diligência e cautela¹²⁷. Neste sentido, na culpa em sentido estrito ocorre um “erro de conduta” em que se deve comparar o

¹¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 55.

¹¹⁷ KHOURI, P. R. R. **Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 189 e 190.

¹¹⁸ **Súmula n.º 37 do STJ**: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato (RSTJ 30/483).

¹¹⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 170.

¹²⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 103.

¹²¹ STJ, REsp 318.379/MG, 3ª T., j. 20.09.2001, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.02.2002.

¹²² KHOURI, P. R. R. **Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 190.

¹²³ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 91.

¹²⁴ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 157.

¹²⁵ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 158.

¹²⁶ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹²⁷ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 206.

comportamento do agente com o de outro ser humano médio e padronizado¹²⁸. Observa-se que, quanto maior a qualificação do profissional liberal, maior será o padrão de conduta necessário e, além disso, ainda maior será o grau de comparação¹²⁹. Importa ressaltar que, independentemente de existir vínculo entre o médico e o estabelecimento hospitalar, será necessária a comprovação da culpa para que se obrigue o profissional da saúde a indenizar¹³⁰.

Existem três modalidades de culpa, quais sejam: a) imprudência; b) negligência; e c) imperícia. Em que pese estejam subdivididas, as formas de culpa acabam se misturando na prática, visto que seus conceitos se entrelaçam¹³¹. A imprudência configura-se pelo dano causado pela ação do agente, já a negligência configura-se pelo dano causado pela omissão do agente, e, por fim, a imperícia possui um caráter de expertise, ou seja, o profissional demonstra competência na área que atua, situação que gera uma presunção de segurança em sua análise, logo, diante disso, a imperícia trata-se do erro do profissional expert¹³². Salienta-se que não é cabível conceber que o agente seja responsabilizado pelo resultado danoso quando não houver como prevê-lo, desde que, é claro, tenha o agente agido com a devida cautela¹³³.

Assim, aduz-se que os requisitos se constituem em conduta humana voluntária que poderá ser ativa (ação) ou passiva (omissão), nexos de causalidade que se vinculam à teoria da causalidade direta, dano que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial e, por último, culpa, visto que só poderá o médico ser responsabilizado patrimonialmente quanto for demonstrado que agiu com culpa. Neste sentido, todos os requisitos se demonstram como essenciais de forma que basta que um deles não seja demonstrado para que o dever de indenizar não seja configurado. Desta feita, expostos os requisitos essenciais para configuração do dever de indenizar, será, na sequência, analisada a responsabilidade civil dos profissionais liberais da qual os médicos fazem parte.

5.1. ANÁLISE DO ARTIGO 14, §4º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI N.º 8.078/1999)

Extrai-se do artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, que a responsabilidade civil dos profissionais liberais, na qual enquadra-se a responsabilidade civil dos médicos, é subjetiva, ou seja, depende da comprovação de que o profissional agiu em culpa através de conduta imperita, negligente ou imprudente. A respeito deste pressuposto, trata-se de um parágrafo de extrema importância, tendo em vista a quantidade exacerbada de casos envolvendo a responsabilidade civil dos profissionais liberais.

Entende-se por profissional liberal todo aquele que exercer, de forma permanente, sem vínculo empregatício, uma profissão que necessita de formação pessoal, sendo que, em geral, embora não seja uma regra, a formação exigida é de ensino superior e é submetida à fiscalização

¹²⁸ GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, L. A. S. Standarts Probatórios no Contexto da Responsabilidade Civil do Médico. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n.º 2, 05-08 de 2017. ISSN 1982-7636. p. 88-115.

¹²⁹ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹³⁰ NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 295.

¹³¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 479-494. E-book. ISBN 9788530986087. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em: 13 out. 2023.

¹³² *Ibidem*, 2019, E-book.

¹³³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 479-494. E-book. ISBN 9788530986087. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em: 13 out. 2023.

e regulamentação de determinado órgão¹³⁴. Logo, o profissional liberal é o profissional que se utiliza de seu conhecimento técnico para obtenção de seu sustento como, por exemplo, o médico¹³⁵. Importa ressaltar que um profissional autônomo não necessariamente será um profissional liberal, porquanto, poderá possuir todos os requisitos, exceto qualificação certificada, o que, por si só, já lhe desqualifica para ser compreendido como profissional liberal¹³⁶.

Assim, observa-se que os profissionais liberais precisam de determinados elementos constitutivos para que sejam compreendidos como tais: a) autonomia que é, atualmente, restrita, visto que deverá seguir determinadas “recomendações”; b) conhecimento técnico que se vincula à “independência técnico-científica”; c) formação específica com certificação; d) profissão regulamentada; e) relação com natureza *intuitu personae*¹³⁷. Salienta-se que a demonstração de certificação é imprescindível e constitui-se em uma forma de proteção do consumidor que poderá confiar que a pessoa que está lhe prestando o serviço realmente possui qualificação comprovada para tanto, sendo que, desta feita, a exigência decorre expressamente da lei que regulamenta a profissão¹³⁸. De outra banda, a doutrina não é uníssona quanto à necessidade de a profissão ser regulamentada por lei ou à necessidade de existir um órgão regulamentador, todavia, a necessidade de regulamentação da profissão vincula-se essencialmente com a exigência de certificação por “órgão habilitado”, logo, para que se garanta que a exigência esteja sendo cumprida, será necessário que se regule a profissão e que exista um órgão que atue como fiscalizador¹³⁹. A despeito disso, em razão da divergência, a existência de um órgão regulamentador não se constitui em elemento constitutivo obrigatório para a caracterização de um profissional liberal¹⁴⁰.

O artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece, como exceção, a necessidade de comprovação de culpa para configuração do dever de indenizar quando se tratar de prestação de serviços de profissionais liberais desde que a contratação seja fundamentada em obrigação de meio ou resultado e se consubstancie por intermédio de relação *intuitu personae*¹⁴¹, tendo em vista que, em que pese seja, tecnicamente, um fornecedor de serviços, a responsabilidade civil do médico se trata de uma responsabilidade subjetiva¹⁴². Trata-se a relação médico-paciente de uma relação de natureza *intuitu personae*, ou seja, existe uma relação de confiança entre o médico e o paciente¹⁴³. Em razão dessa relação de pessoalidade médico-paciente, é que se fundamenta a necessária comprovação de culpa do médico¹⁴⁴.

¹³⁴ FILHO, J. A. P., **Direito do Consumidor**: Coleção Método Essencial. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 101-151. E-book. ISBN 9786559645596. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645596/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹³⁵ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 213.

¹³⁶ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹³⁷ *Ibidem*, 2016, p. 31-77. E-book.

¹³⁸ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹³⁹ *Ibidem*, 2016, p. 31-77. E-book.

¹⁴⁰ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁴¹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 96.

¹⁴² KHOURI, P. R. R. **Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2021, p. 215.

¹⁴³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 117.

¹⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 614.

Na relação médico-paciente, incide um dever de cuidado amplo e genérico que é compreendido como o “dever de qualidade”, visto que, no mínimo, o médico obriga-se a utilizar-se dos devidos meios para que possa cumprir a obrigação¹⁴⁵. Neste aspecto, ainda que seja uma obrigação de meio, o profissional da medicina não se exime das obrigações derivadas que decorrem do Princípio da Boa-fé Objetiva, quais sejam: deveres de colaboração e respeito para com as partes¹⁴⁶. Assim sendo, existe uma “preponderância” da conduta humana na relação médico-paciente e uma “desproporcionalidade” entre o médico, profissional liberal, e o ente despersonalizado que oferece serviços de saúde para uma enorme quantidade de pessoas, o que enseja uma diferenciação entre ambos através da necessidade de comprovação ou não de culpa¹⁴⁷. A característica de tratar-se de uma relação *intuitu personae* vincula-se à inspiração que o médico gera no paciente ao ponto de fazê-lo retornar ao seu consultório e buscar seu parecer em virtude de um mal que aflija sua integridade física, ou seja, a confiança gerada pelo médico no paciente¹⁴⁸.

Ressalta-se que, considerando a incidência do Código de Defesa do Consumidor e da aplicabilidade dos seus princípios e regras já aprofundadas em tópico anterior, a inversão do ônus da prova é possível, sendo que o paciente que for comprovadamente hipossuficiente somente terá de demonstrar a existência do dano e do nexo de causalidade e poderá obter a inversão do ônus para que o profissional liberal prove a ausência de culpa¹⁴⁹. Observe-se que não irá se tratar de uma situação de responsabilidade objetiva, visto que ainda será necessária a produção da prova a respeito da culpa do profissional, no entanto, caberá ao profissional liberal produzi-la¹⁵⁰.

A despeito disso, parte da doutrina sustenta que atribuir ao médico o dever de realizar a comprovação do emprego da técnica adequada, vincula-se mais à ideia de “*carga dinâmica da prova*”, que divide o “*onus probandi*” de forma proporcional em razão da proximidade do médico com a forma de demonstrar que o procedimento seguia os parâmetros de conduta, do que propriamente ao instituto estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor para inversão do ônus¹⁵¹. Logo, compreende-se que o médico possui maior aptidão para produzir a prova em razão de a prova estar mais acessível a ele¹⁵². Salienta-se, oportunamente, que o consumidor, em que pese detenha condição de vulnerabilidade, não será considerado tão vulnerável na relação médico-paciente como seria em uma outra relação de consumo, e é, em virtude disso, que o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade somente quando fundada em culpa¹⁵³.

Nesta senda, analisa-se que o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, acarreta inúmeras alterações na visão da dinâmica da relação médico-paciente, estabelecendo que a responsabilidade será sempre subjetiva ao profissional liberal, o qual possui características específicas para ser caracterizado, as quais foram destacadas no presente tópico. Desta feita, sintetiza-se que a regra do artigo em análise e as implicações dela decorrentes (como por exemplo, a necessidade de formação técnica específica com certificação ou regulamentação

¹⁴⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 117.

¹⁴⁶ MIRAGEM, B. N B. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. RS: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. PDF 1-26.

¹⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 614.

¹⁴⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 399.

¹⁴⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 409.

¹⁵⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 409.

¹⁵¹ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁵² Ibidem, 2016, E-book.

¹⁵³ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

da profissão) são de imprescindível relevância no que se refere ao estudo da responsabilidade civil médica para que se observe não somente os direitos dos pacientes, mas também as prerrogativas dos médicos (a título exemplificativo, a situação de somente ser responsabilizado mediante aferição de culpa). Assim, apresentadas as principais características acerca da responsabilidade civil dos profissionais liberais, parte-se, em sequência, para a análise da periculosidade inerente ao exercício da atuação médica e a sua relação com o erro médico.

5.2. O RISCO INERENTE À PROFISSÃO E O ERRO MÉDICO

A área de atuação médica é permeada por diversos deveres intrínsecos à profissão a ela atrelada, sendo que um deles se trata do dever de segurança da prestação do serviço. Os profissionais da medicina possuem um risco inerente à sua profissão tendo em vista que lidam com bens jurídicos de imensa importância em seu cotidiano, logo, o dever de segurança deverá ser ponderado em relação ao risco inerente da profissão.

O artigo 8º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que há serviços dos quais decorrem riscos normais e previsíveis em virtude de sua “natureza e forma de utilização”¹⁵⁴, ou seja, os riscos inerentes ou latentes deverão ser razoavelmente esperados pelo consumidor e serão analisados por seu caráter de previsibilidade e normalidade. Em mesma linha, o artigo 9º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que o prestador de serviços, na pessoa do médico, quando da responsabilidade civil médica, deverá informar de maneira extensiva, detalhada e adequada a respeito da “nocividade e periculosidade” que decorre do procedimento a ser realizado¹⁵⁵. É indubitável que inexistem bens de consumo completamente seguros, assim, partindo disso, todo bem de consumo possui, em sua essência, um certo nível de insegurança¹⁵⁶, todavia, quando este nível de insegurança, essa “capacidade de gerar acidentes”, ultrapassa certos parâmetros de normalidade e previsibilidade, e existe uma incoerência com a “expectativa legítima” do consumidor, o ordenamento jurídico precisa se manifestar¹⁵⁷.

A expectativa legítima consubstancia-se na tese de que os serviços dispostos no mercado deverão atender a uma certa expectativa de segurança que, de forma legítima, se espera que o serviço possua¹⁵⁸. A falha no dever de segurança que caracteriza o denominado “defeito”, pressuposto específico, do qual decorre o dever de indenizar, funda-se na anormalidade do risco que ocorrerá quando o defeito originar a falha no dever de segurança ou quando o defeito for responsável pelo aumento da amplitude do risco¹⁵⁹. O risco inerente é compreendido como algo que integra a própria essência do serviço e está, de certa forma, enlaçado com a sua natureza e modo de funcionamento¹⁶⁰.

A denominada “periculosidade inerente” necessita do enquadramento de dois requisitos para sua efetiva configuração: a) pressuposto objetivo – normalidade – a periculosidade deverá estar de acordo com o tipo específico de serviço; b) pressuposto subjetivo – previsibilidade – a

¹⁵⁴ FILHO, J. A. P., **Direito do Consumidor**: Coleção Método Essencial. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 101-151. E-book. ISBN 9786559645596. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645596/>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹⁵⁵ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 182.

¹⁵⁶ *Ibidem*, 2017, p. 182.

¹⁵⁷ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 182.

¹⁵⁸ *Ibidem*, 2017, p. 183.

¹⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 615.

¹⁶⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2022, p. 349-397. E-book. ISBN 9786559772766. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772766/> Acesso em: 09.10.2023.

ciência do consumidor sobre todo o risco de forma que não seja por ele surpreendido¹⁶¹. Ou seja, se o risco estiver de acordo com o serviço e o consumidor estiver amplamente informado dos riscos, de forma que não seja surpreendido por eles, configura-se a periculosidade inerente que se constituirá em ausência de vício de qualidade por insegurança¹⁶².

Ressalta-se que os serviços de periculosidade inerente possuem, em sua essência, um risco que se entrelaça com o seu próprio “modo de funcionamento”¹⁶³. Apesar do inerente potencial para causar acidentes, entende-se que se trata de um nível de insegurança normal e previsível que decorre da própria natureza e, sendo assim, atende à expectativa legítima de segurança do consumidor¹⁶⁴. Observa-se que existem determinados serviços que são tão úteis e necessários à comunidade que, apesar do risco inerente a eles, admite-se sua veiculação no mercado, como é o caso, inclusive, do serviço médico que é essencial para a sociedade¹⁶⁵.

Salienta-se que só irá se tratar de uma periculosidade inerente quando houver esse nível de insegurança pautado em normalidade e previsibilidade e, caso não ocorra, é obrigação do fornecedor, por seu dever de informar, avisar os consumidores dos riscos que estiverem atrelados ao bem de consumo¹⁶⁶. Desta feita, em regra, os danos que decorrem da periculosidade inerente não geram dever de indenizar¹⁶⁷. Na periculosidade inerente, apesar de afastada a obrigação de indenizar pelo médico, prevalece o dever de informação, sendo que, se o médico não informar adequadamente sobre os riscos, a indenização será cabível, visto que também é necessária previsibilidade do risco¹⁶⁸.

O erro médico é compreendido como um erro que o médico comete ao não se utilizar do procedimento adequado para realizar a prestação de serviço médica¹⁶⁹. A respeito disso, entende-se por procedimento adequado aquele que gera a segurança da prestação do serviço que a comunidade efetivamente espera do médico, logo, em síntese, o erro médico funda-se na conduta que não origina a necessária segurança advinda dos critérios de normalidade e, em especial, de previsibilidade da prestação do serviço¹⁷⁰.

Assim sendo, observa-se que a profissão é permeada por uma periculosidade inerente, todavia, desde que corresponda a critérios de normalidade e previsibilidade não haverá dever de indenizar, visto que o médico terá cumprido com seu dever de diligência. Contudo, uma vez que o médico não cumpra o dever de diligência, ao não informar adequadamente o paciente de todos os riscos oriundos do procedimento afastando-se da previsibilidade ou ao não atuar da forma mais cautelosa afastando-se da normalidade e, por sua vez, afastando-se da conduta adequada, incidirá a obrigação de indenizar.

Desta feita, esclarecidas as particularidades acerca da atuação médica permeada por um risco inerente em seu exercício, será, a seguir, apresentada uma análise da responsabilidade civil médica na modalidade da negligência bem como aprofundamento acerca do erro médico e suas nuances.

¹⁶¹ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 183.

¹⁶² Ibidem, 2017, p. 183.

¹⁶³ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 184

¹⁶⁴ Ibidem, 2017, p. 184.

¹⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 615.

¹⁶⁶ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017, p. 185.

¹⁶⁷ Ibidem, 2017, p. 185.

¹⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 615.

¹⁶⁹ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁷⁰ Ibidem, 2016, p. 31-77. E-book.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR NEGLIGÊNCIA: ALGUNS APONTAMENTOS

A atuação no ramo da medicina está permeada de um risco que decorre diretamente do exercício da profissão e, em razão disso, é estabelecida a obrigação do médico de atuar de maneira cautelosa e diligente para evitar que o risco inerente da sua profissão se consuma em prejuízos que poderiam ser evitados. Em que pese a existência desta obrigação, alguns profissionais se afastam de suas responsabilidades atuando de forma negligente e displicente, o que enseja o dever secundário de indenizar, uma vez que configurados os pressupostos necessários que já foram objeto de análise em tópico anterior.

Analisa-se que a negligência é uma forma de apresentação da culpa decorrente da inércia do agente perante uma situação¹⁷¹. A esse respeito, a negligência médica possui, como uma de suas subdivisões, a categoria da omissão de tratamento que se trata da situação em que o médico não informa sobre um tratamento ou demora para encaminhar o paciente aos cuidados necessários¹⁷². Assevera-se que, em regra, os médicos não se comprometem a curar o paciente, logo, a não obtenção da cura não gerará status de inadimplência do médico para com o paciente, todavia, estipulam um compromisso contratual implícito de proceder em conformidade com as regras da profissão¹⁷³. Observa-se que o erro profissional é fator gerador de fatalidades e, em razão disso, é necessário que se preencha determinados requisitos para que se possa exercer a medicina que se destinam à habilitação técnica dos profissionais¹⁷⁴. Ressalta-se que a atuação diligente e cautelosa do médico direciona a ciência à evolução na prática da medicina¹⁷⁵, sendo que, além disso, também direciona a uma maior valorização da ciência e da tecnologia. Compreende-se que o médico que deixar de solicitar os exames necessários se trata de um médico omissor¹⁷⁶.

Pode-se afirmar, nesta senda, que a diminuição do caráter paternal do médico ao longo dos anos, implica em uma análise mais racional pelo paciente da atividade exercida pelo médico. Fundamenta-se que possíveis consequências do aumento de demandas em face dos médicos são: a) elevação do valor a ser pago a título de honorários em face do pagamento de seguros pelos profissionais; b) dificultar o exercício da profissão em sua autonomia¹⁷⁷. Todavia, observa-se que, a respeito disso, as demandas não serão procedentes se os médicos atuarem de maneira diligente e cautelosa, logo, as argumentações carecem de fundamentação lógica, e, neste viés, percebe-se que a lei não visa inibir a evolução científica, pelo contrário, ela a ampara e protege¹⁷⁸. Salienta-se que a responsabilidade civil médica por negligência advém do

¹⁷¹ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

¹⁷² *Ibidem*, 2020. E-book.

¹⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Vol. 4. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 19-390. E-book. ISBN 9786555596144. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596144/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

¹⁷⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 479-494. E-book. ISBN 9788530986087. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em: 13 out. 2023.

¹⁷⁶ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

¹⁷⁷ *Ibidem*, 2020. E-book.

¹⁷⁸ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

descumprimento de deveres implícitos da atividade profissional no âmbito da medicina, quais sejam: dever genérico (cuidado ou cautela) ou um dever específico da profissão (diagnóstico, informação e segurança) ¹⁷⁹.

Aduz-se que a apreciação judicial da temática deverá examinar a inobservância do procedimento adequado ou a desvinculação da conduta praticada em relação ao “padrão de conduta médico” pré-estabelecido¹⁸⁰. Assevera-se que, no ato médico, qualquer omissão que decorra de “inércia”, de “passividade” ou de “descaso” é vedada, sendo que, por omissão, entende-se, por exemplo, a demora em realizar o encaminhamento devido¹⁸¹. Observa-se que a conduta comissiva ou omissiva se vincula ao aspecto objetivo da conduta enquanto a vontade se vincula com o aspecto subjetivo da conduta¹⁸². A omissão rege-se por uma natureza normativa, visto que a obrigação de fazer algo é extraída da própria legislação e configura-se pela não realização de um ato que o agente deveria ter praticado¹⁸³.

Neste viés, somente quem tiver dever de agir é que poderá ser responsabilizado por omissão, ou seja, é necessário que o agente possua uma obrigação de impedir que o resultado se consuma, e, seguindo à análise, a imprudência, a negligência e a imperícia são formas de “exteriorização” da culpa¹⁸⁴. A conduta omissa está relacionada com a negligência¹⁸⁵ e com o conceito de culpa *in omissendo* (por omissão) ¹⁸⁶. Observa-se que, no que se refere à omissão, para a configuração do dever de indenizar, será imprescindível a comprovação de que, se a conduta tivesse sido praticada, o dano teria sido evitado¹⁸⁷.

Salienta-se que o núcleo da conduta culposa se funda na discrepância entre a prática realizada pelo agente e a prática que deveria ter sido por ele perpetrada se tivesse observado os deveres de cuidado e diligência¹⁸⁸. Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a obrigação de indenizar pela modalidade dos danos morais em caso que os genitores ajuizaram demanda por erro médico por negligência que ocasionou o óbito de um recém-nascido em face de atendimento que não observou os deveres de cautela e diligência¹⁸⁹.

Em análise ao grau de diligência ou cautela a ser exigido do profissional deverá ser considerado o esforço de vontade do agente, mas também, e principalmente, os conhecimentos e a capacitação do profissional atuante no caso, sendo que, neste viés, observa-se que o denominado “padrão de conduta” deverá ser compatibilizar a comparação com o homem “cauteloso e diligente”, mas também deverá compatibilizar a comparação com homem médio

¹⁷⁹ MIRAGEM, B. N. B. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. RS: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, 2011. Artigo consultado na Base de Dados Revista dos Tribunais Online mediante assinatura. Em pdf 1-26.

¹⁸⁰ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

¹⁸¹ *Ibidem*, 2020, p. 275-320. E-book.

¹⁸² FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹⁸³ *Ibidem*, 2023, p. 11-34. E-book.

¹⁸⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023p.2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹⁸⁵ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 201.

¹⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 229.

¹⁸⁷ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 201.

¹⁸⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹⁸⁹ STJ, REsp 1.328.457/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11.09.2018, DJe 17.09.2018.

“sensato e avisado”, sendo que, em caso de alguma incapacidade técnica para atuar, deverá o médico abster-se de proceder a prática dos atos¹⁹⁰.

Desta feita, colaciona-se que a negligência médica, pelos prejuízos que gera, precisa ser coibida, através da análise do padrão de conduta, que irá comparar a conduta praticada em relação àquela que deveria ter sido praticada por um indivíduo diligente e cauteloso. Entende-se que a atuação médica é permeada por riscos e de dificultoso exercício, todavia, os deveres de conduta a ela coligados devem ser respeitados, sob pena de que danos desnecessários sejam caracterizados. Assim, iniciada neste tópico a análise acerca da responsabilidade civil por negligência, será continuada de maneira mais aprofundada no tópico seguinte em que se pretende delinear de maneira mais pujante os limites envolvendo erro médico e suas nuances sob o viés da falha na prestação de um serviço pelo médico.

6.1. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR NEGLIGÊNCIA COMO FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

Na responsabilidade civil médica, o médico funciona como um prestador de serviços, ou seja, em uma análise superficial, o médico é um fornecedor pelos termos do Código de Defesa do Consumidor. Neste viés, a prestação de serviços médicos poderá possuir falhas em virtude da conduta negligente do profissional da medicina que ensejará devida reparação ante ao dano que a conduta tenha gerado.

Analisa-se que a obrigação principal do contrato médico-paciente se trata do adequado atendimento consubstanciado pelos inúmeros deveres atrelados a esta relação jurídica, ou seja, o objeto-foco deste contrato é a própria prestação do serviço que deverá ser realizada dentro de um padrão pré-concebido de procedimento¹⁹¹. Ressalta-se que é a concretização do dever geral de cautela atrelado aos conhecimentos do médico que fundamentam um tratamento adequado¹⁹². O erro médico é consubstanciado através da culpa do profissional da área de saúde, sendo que erro é compreendido como falha na prestação da atividade profissional que é originada de uma ação ou uma omissão por parte do médico e que, por sua vez, gera um resultado inadequado que é defeituoso¹⁹³.

O erro profissional que decorre da incerteza da seara médica, ou seja, da divergência relacionada ao tratamento ideal, não é indenizável, visto que se compreende que está envolvido pela ideia da “falibilidade” do profissional atuante¹⁹⁴. Salienta-se que há erro profissional quando a conduta do médico está correta, todavia, a metodologia aplicada é inadequada e destoa daquela que seria aplicada pela média dos profissionais atuantes na área¹⁹⁵. A respeito disso, colaciona-se que a ausência de prescrição de um exame preventivo constitui uma falha grave

¹⁹⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Vol. 4. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 19-390. E-book. ISBN 9786555596144. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596144/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

¹⁹² *Ibidem*, 2022, p. 19-390. E-book.

¹⁹³ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Vol. 4. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 19-390. E-book. ISBN 9786555596144. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596144/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

¹⁹⁵ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

na prestação do serviço ainda que se trate de um médico que não seja especialista¹⁹⁶. Nesta senda, compreende-se que o erro médico, em regra culposo, é pautado pela conduta inadequada do médico que origina um dano, ou seja, decorre da conduta que não observa a técnica adequada a ser aplicada ao caso e que acaba por ocasionar um prejuízo à vítima¹⁹⁷.

A divergência doutrinária relaciona-se com a localização do erro médico dentro dos pressupostos essenciais da responsabilidade civil, assim, observa-se que o erro médico não se encontra na esfera do dano (uma vez que é através dele que se dá o dano) e nem na esfera donexo causal (já que o entendimento é que o nexo é que relacionaria o erro ao dano), sendo que, a respeito disso, o erro médico também não se relaciona com a conduta diretamente, todavia, o erro médico funciona como um “juízo valorativo” da conduta praticada pelo médico, visto que a análise do erro decorre da inadequabilidade da conduta do profissional que acaba originando uma prestação falha do serviço em razão da ausência da cautela necessária¹⁹⁸.

O denominado erro médico conduz a um julgamento valorativo da conduta do médico através da comparação com terceiros cuja conclusão determinará se o procedimento escolhido era, de fato, o mais adequado, e, além disso, o erro médico analisará também se a adoção de outro procedimento pelo profissional teria evitado o dano¹⁹⁹.

Entende-se que para se analisar o erro médico será necessário examinar: a) as circunstâncias do atendimento realizado – para avaliar se foi utilizado o procedimento adequado ou não; b) a “necessidade” da atuação – ou seja, verificar se o médico realmente precisava intervir; c) meios empregados – para avaliar se foi empregada a técnica adequada ou não²⁰⁰. Observa-se que a culpa médica será consubstanciada pela realização de procedimentos que não seguem os padrões regulamentados podendo-se exigir do médico que, conforme a expectativa legítima da comunidade, atue de forma diligente e perita, todavia, sem que seja cabível exigir que o médico seja infalível ou onisciente na prestação do serviço²⁰¹.

Neste entremeio, salienta-se que é a previsibilidade que fundamenta a responsabilidade civil do médico, de forma que, da atuação médica, decorra a necessária cautela em atuar seguindo procedimentos-padrão que evitem que se concretize a falha na prestação do serviço²⁰². A falha na prestação de um serviço pelo fornecedor do serviço poderá ensejar prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais na esfera jurídica do consumidor²⁰³. O denominado “defeito” trata-se de uma falha no dever de segurança intrínseco à prestação de um serviço²⁰⁴ que, no caso da relação médico-paciente, se consubstancia na ausência da adoção de todas as técnicas devidas. Neste viés, é possível que o médico provoque um resultado danoso em razão de não ter dado a atenção devida às peculiaridades de uma circunstância, assim, se justificará a

¹⁹⁶ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-195. E-book. ISBN 9788522475360. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

¹⁹⁷ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

¹⁹⁸ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁹⁹ *Ibidem*, 2016, p. 31-77. E-book.

²⁰⁰ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

²⁰¹ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

²⁰² *Ibidem*, 2016, p. 31-77. E-book.

²⁰³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 169.

²⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 615.

incidência da obrigação de indenizar em face da violação do dever de vigilância²⁰⁵. Fundamenta-se que, considerando a evolução da medicina, com a criação de tecnológicos exames, têm-se que o rigor para que o médico não incorra em diagnósticos incorretos é muito maior, sendo que, neste sentido, será necessário maior rigor ainda para analisar casos em que houve um diagnóstico incorreto, em face da omissão do médico na prestação do serviço, que submeteu o paciente a um tratamento “inócuo”, o que, por sua vez, gerou um agravamento do mal ao qual já estava submetido, em especial se o paciente poderia ter sido tratado de outra forma que impediria o dano, todavia, pela atuação do profissional, restou prejudicado pelo diagnóstico impreciso²⁰⁶.

Assim sendo, estabelece-se que o erro médico se relaciona com a falha na prestação de um serviço em virtude da necessidade de que os padrões de conduta, de procedimento e de técnica, sejam seguidos, visando-se, por fim, obstaculizar o volume de prejuízos. Salienta-se que não se trata de uma tentativa de inibir a atuação do médico em sua produção científica, pelo contrário, a pretensão de fundamentar-se pela aplicação de tais padrões é a de viabilizar a minimização do volume de falhas de prestação de serviço relacionados à erros médicos, sendo que, com isso, se ampliará a valorização da ciência. Desta feita, elaborada a reflexão mais aprofundada acerca da responsabilidade civil médica por negligência, visa-se, a seguir, de forma mais superficial permear conceitos relativos aos erros de diagnóstico como fonte de danos aos pacientes.

6.2. O DIAGNÓSTICO TARDIO OU DEMASIADO DEMORADO COMO CAUSADOR DE DANOS À SAÚDE DO PACIENTE

A responsabilidade civil médica é composta por pressupostos essenciais que deverão estar presentes para que se configure o dever de indenizar, sendo que, inserido dentro dos pressupostos, encontra-se o erro médico, uma vez que se relaciona diretamente com a conduta que foge aos padrões adequados, e, inserido dentro do erro médico, encontram-se os erros de diagnóstico.

Estabelece-se diagnóstico como o procedimento de aferição de sintomas gerais e específicos que visa à identificação da moléstia que assola o paciente²⁰⁷. Ressalta-se que o diagnóstico tido como “equivocado” é caracterizado pela escolha de intervenções médicas que, ao invés de resolverem o mal ao qual submetido o paciente, acabam por lhe gerar resultados danosos, podendo, inclusive, agravar-lhe o mal, assim sendo, percebe-se que erros de diagnóstico ensejam considerável impacto emocional no paciente, sendo que, em virtude disso, funda-se em uma das maiores fontes de danos morais analisadas pelos tribunais²⁰⁸. A esse respeito, assevera-se que ao erro de diagnóstico tem-se admitido a aplicação da teoria da perda de uma chance em situações em que o diagnóstico incorreto subtrai as chances do paciente de sobreviver ou de se curar²⁰⁹.

²⁰⁵ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

²⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Vol. 4. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Jur., 2022, p. 19-390. E-book. ISBN 9786555596144. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596144/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

²⁰⁷ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

²⁰⁸ *Ibidem*, 2016, p. 31-77. E-book.

²⁰⁹ CARNAÚBA, Daniel A. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 13 Vol. da Coleção Rubens Limongi. São Paulo: GEN, 2013, p. 15-172. E-book. ISBN 978-85-309-4888-7. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4888-7/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

A compreensão de culpa como sendo a atuação médica que foge aos “padrões de conduta” viabiliza que os danos injustos advindos de erro de diagnóstico sejam indenizáveis desde que seja demonstrado que o médico não adotou o procedimento devido ou a melhor técnica²¹⁰. Neste viés, aduz-se que, para definir o procedimento padrão a ser utilizado pelo médico, será necessário que o procedimento realizado seja comparado com “quadros clínicos semelhantes” bem como com os meios disponíveis para utilização pelo médico, assim sendo, é o caso concreto que irá determinar se o procedimento foi adequado ou não²¹¹. O erro de conduta é compreendido como a prática de um ato em que o agente não adota a conduta adequada e, por consequência, acaba gerando um dano que configura o ato ilícito, sendo que, nesta senda, observa-se que, no erro de conduta, ocorre uma conduta com finalidade lícita que é erroneamente conduzida que acaba por findar em uma prática ilícita, ou seja, uma conduta inadequada para os “padrões de conduta” pré-estabelecidos e, neste viés, uma prática que um agente diligente e cauteloso não realizaria²¹².

Assevera-se que o erro de diagnóstico poderá ser o fator causador da “iatrogenia” que consiste no resultado danoso oriundo da própria intervenção inadequada do médico no caso concreto²¹³. Observa-se que o dano iatrogênico também seguirá o critério de previsibilidade, visto que, uma vez que o risco fosse inerente ao tratamento, sendo inviável evitá-lo, e que o paciente soubesse do risco, não será configurado o dever de indenizar²¹⁴. Esclarece-se que, em regra, o entendimento é de que o erro de diagnóstico não gerará obrigação de responsabilização, todavia, quando houver conduta manifestamente negligente, em face da inobservância dos devidos procedimentos técnicos da medicina atualizada, ou quando o médico não examinar o paciente devidamente, ou seja, nos casos em que o médico não avaliar as informações que estavam ao seu alcance ao emitir um diagnóstico, compreende-se que incide o dever de indenizar²¹⁵.

Colaciona-se que a relação jurídico-obrigacional entre médico e paciente é permeada por dois “ingredientes”, quais sejam: a) assunção pelo médico do encargo de tratar o paciente; b) assunção de responsabilidade pelo tratamento administrado²¹⁶. Observa-se, ainda, que existem alguns “encargos adicionais” nesta relação jurídico-obrigacional, quais sejam: a) aferição de sintomas para garantir o diagnóstico exato; b) adoção da conduta recomendada pela ciência para o tratamento²¹⁷. Desta feita, resta conflagrado que a adoção da conduta recomendada pela ciência, que deve acontecer, logo após, à aferição de sintomas, trata-se da realização de todos os exames necessários, cabíveis e essenciais ao diagnóstico do paciente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a obrigação de indenizar para caso em que os genitores buscavam reparação patrimonial em razão do óbito da filha que, pelo

²¹⁰ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

²¹¹ Ibidem, 2016, p. 31-77. E-book.

²¹² FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

²¹³ MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 31-77. E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

²¹⁴ Ibidem, 2016, p. 31-77. E-book.

²¹⁵ FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 275-320. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

²¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 479-494. E-book. ISBN 9788530986087. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em: 13 out. 2023.

²¹⁷ Ibidem, 2019, E-book.

diagnóstico tardio dos médicos, acabou por falecer. O Tribunal justificou que existiam indicadores contundentes do possível diagnóstico da paciente (“alerta de surto da doença e parentes com sintomas semelhantes”), todavia, em virtude da ausência de cautela dos médicos, não foi diagnosticada em tempo hábil²¹⁸. No mesmo sentido, mas em julgado mais recente, o TJRS reconheceu a obrigação de indenizar para caso em que a genitora buscava a reparação patrimonial em virtude do óbito do filho que ocorreu pelo diagnóstico tardio da doença de diverticulite. O Tribunal entendeu que, em pese a doença do paciente seja um “dificultador”, o médico não atuou de forma cautelosa e diligente como deveria, visto que a prova pericial demonstrou a falta de “exames e procedimentos preliminares”²¹⁹.

Nesta senda, assevera-se que o erro de diagnóstico causado por desídia médica poderá gerar o agravamento do mal em face da ausência de tratamento adequado ao problema inicial que a vítima enfrentava, logo, tratando-se de dano oriundo de negligência do médico, que não realizou os exames necessários ou não auferiu adequadamente o histórico ou os sintomas dos pacientes, apresenta-se um erro de conduta, visto que o médico não atuou de maneira cautelosa e diligente com vias a fazer tudo que estava ao seu alcance para evitar que o dano se perfectibilizasse, logo, o diagnóstico tardio ou demasiado demorado poderá atuar como o causador de danos à saúde do paciente, o que deve ser observado.

Assim, finalizados os apontamentos acerca dos erros de diagnóstico e suas consequências jurídico-sociais, pretende-se, em prosseguimento, concluir-se o presente artigo apresentando considerações acerca da teoria da perda de uma chance e sua relação com a responsabilidade civil médica por negligência.

6.3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR NEGLIGÊNCIA

A denominada teoria da perda de uma chance estabelece que o médico que perder a chance de impedir que um dano efetivamente aconteça deverá ser responsabilizado em virtude da situação grave oriunda do ato ilícito por ele praticado. Trata-se da possibilidade de configuração do dever de indenizar quando a conduta negligente praticada é a justificativa de a vítima não ter obtido o resultado satisfatório.

A teoria da perda de uma chance é compreendida como a obrigação de indenizar que se desdobra a partir do ato ilícito que inviabiliza a obtenção de uma condição futura melhor para a vítima²²⁰. Esta teoria abrange a ideia de que o erro se trata de não conceder ao paciente todas as chances possíveis para que possa se curar e sobreviver²²¹. Evidencia-se que, considerando que o objeto da responsabilidade civil contemporânea é a reparação dos danos, existem danos que não eram reparados antes e que deverão ser indenizados na atualidade, assim, nesta senda, é notável que a obrigação de indenizar as chances perdidas decorre do avanço tecnológico²²². Analisa-se que o exercício da profissão médica que é, em regra, omissivo, não irá causar a

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 50082415920138210001**, Órgão Julgador: Décima Câmara Cível, comarca de origem: Porto Alegre/RS, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em: 15-12-2022. Disponível através de pesquisa jurisprudencial pelo site do TJ/RS.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 50045287820158210010**, Órgão Julgador: Décima Câmara Cível, comarca de origem: Caxias do Sul/RS, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em: 23-02-2023. Disponível através de pesquisa jurisprudencial pelo site do TJ/RS.

²²⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 93.

²²¹ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 56.

²²² SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-195. E-book. ISBN 9788522475360. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

doença no paciente, todavia, poderá furtar todas as chances do paciente ser curado quando não atuar da forma mais diligente e cautelosa possível²²³. Preconiza-se que a mera chance poderá ter atribuído valor pecuniário, logo, poderá dela decorrer danos extrapatrimoniais²²⁴.

Aduz-se que a posição da jurisprudência francesa, de onde se origina a teoria da perda de uma chance, é no sentido de que a finalidade da teoria é solucionar os problemas provocados pela incerteza em relação aos danos advindos de circunstâncias de caráter aleatório, sendo que, neste sentido, os juízes empregam a teoria em razão de ser um instrumento ou uma “técnica decisória” que viabiliza a tomada de decisões em situações em que estavam de “mãos atadas” e não conseguiam solucionar o conflito em razão da insuficiência dos outros elementos da responsabilidade civil²²⁵. Desta feita, possibilidade de chance é usada como um instrumento para mover-se o foco para a “reparação” dos danos, de modo que a chance perdida se transforma no dano passando-se a incidir a indenização em relação a chance perdida em si, bem como o deslocamento do nexos de causalidade que passa a ser entre a conduta e a perda da chance e não mais da conduta e do resultado, assim sendo, em todo caso de aplicação da teoria da perda de uma chance há um evento aleatório ao qual a vítima foi submetida, ou seja, a vítima almejava um resultado que se trata de uma possibilidade cuja concretização pode ou não acontecer²²⁶.

A esse respeito, em todos os casos de perda de uma chance, a intervenção do agente imputado reduzirá ou suprimirá as chances de que a possibilidade do resultado favorável se concretize, sendo que parte da doutrina estabelece que a reparação das chances somente poderá ocorrer quando o “processo aleatório” tiver sido encerrado, uma vez que é possível que a situação que ensejou a indenização não seja concretizada²²⁷. Assevera-se que, no que se refere ao nexos causal, será necessário que o juiz realize uma “reconstrução do encadeamento causal” para que examine se a supressão da conduta do agente impediria que o prejuízo se concretizasse²²⁸.

Seguindo à análise, refere-se que haverá duas possibilidades de incerteza, quais sejam, a primeira relacionada à denominada incerteza “fatural”, que desaparece quando a vantagem desejada é perdida em definitivo, ou seja, após findado o “processo aleatório”, visto que, antes de findado o processo, ainda existiam chances da vítima obter o resultado pretendido apesar da conduta praticada, e a segunda relacionada à denominada incerteza “contrafatural” que pretende analisar qual teria sido o deslinde natural sem a conduta perpetrada, sendo que esta incerteza jamais desaparecerá²²⁹. Neste viés, os elementos necessários à aplicação da teoria da perda de uma chance são: a) existir interesse, anterior ao evento, de que o resultado seja favorável; b) ocorrer intervenção de um agente que irá reduzir ou suprimir as possibilidades de obtenção deste resultado pretendido; c) estiver o processo aleatório finalizado; d) estiver a incerteza fatural

²²³ NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 56.

²²⁴ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-195. E-book. ISBN 9788522475360. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

²²⁵ CARNAÚBA, Daniel A. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 13 Vol. Da Coleção Rubens Limongi. São Paulo: GEN, 2013, p. 15-172. E-book. ISBN 978-85-309-4888-7. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4888-7/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

²²⁶ Ibidem, 2013, p. 15-172. E-book.

²²⁷ CARNAÚBA, Daniel A. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 13 Vol. Da Coleção Rubens Limongi. São Paulo: GEN, 2013, p. 15-172. E-book. ISBN 978-85-309-4888-7. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4888-7/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

²²⁸ Ibidem, 2013, p. 15-172. E-book.

²²⁹ CARNAÚBA, Daniel A. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 13 Vol. Da Coleção Rubens Limongi. São Paulo: GEN, 2013, p. 15-172. E-book. ISBN 978-85-309-4888-7. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4888-7/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

encerrada; e) permanecer a incerteza contrafactual²³⁰. Ressalva-se que uma parte da doutrina entende que basta a interrupção do processo aleatório para que se possa obter a indenização pela chance perdida, sendo que, nesta senda, ocorrendo a interrupção do processo aleatório com a perda da chance de forma definitiva, irá se tratar de uma chance perdida compreendida como dano específico e autônomo²³¹.

Observa-se que o “elemento prejudicial” que justifica obrigação de indenizar é a perda de uma chance de obter um benéfico resultado para a vítima²³². A presente teoria facilita a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do médico e o dano oriundo do agravamento do mal, da invalidez ou do óbito do paciente²³³. Esclarece-se que, para a aplicação da teoria, haverá comprovação a respeito do autor da prática, todavia, haverá dúvida quanto à extensão dos danos oriundos da prática realizada²³⁴. Consta-se que, considerando que a chance finda a aleatoriedade, a concretização da chance jamais será certa, visto que se trata de um evento ao qual não se pode obter certeza, todavia, ainda assim, será necessária a demonstração de certeza de que realmente houve um dano que será obtida pela observação do *status quo ante*²³⁵. Compreende-se que existe um dano certo em toda situação em que a vítima estaria em uma situação melhor sem a intervenção do agente, sendo que, neste sentido, a comparação entre a realidade e a possibilidade trata-se de “condição necessária e suficiente” à caracterização do dano como certo (que só será configurado se demonstrada a discrepância entre os dois)²³⁶.

Entende-se que perda de uma chance indenizável será somente aquela que se fundar em situação séria e real, visto que será necessária a realização de um juízo de probabilidade a respeito de se a chance perdida impediria, realmente, o dano de acontecer²³⁷. Neste aspecto, a jurisprudência segue a compreensão de que é imprescindível a demonstração de perda de chance real para que se possa aplicar a teoria, ou seja, a mera possibilidade da perda de uma chance que seja vaga e sem comprovação não ensejará a aplicação da teoria²³⁸. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça fundamentou que a aplicação da teoria enseja demonstração de que a chance perdida atende a critérios mínimos de razoabilidade e proporcionalidade²³⁹.

Aduz-se que é do juiz a tarefa de desvendar se havia uma possibilidade razoável de a chance perdida ter evitado o dano concreto, visto que, se fosse cabível que uma possibilidade implausível atestasse o dever de indenizar, se estaria arriscando que o médico fosse responsabilizado por tudo, o que não é o objetivo da teoria²⁴⁰. Aduz-se que a chance perdida deve ser analisada como um prejuízo indenizável e não como uma possível causa da

²³⁰ CARNAÚBA, Daniel A. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 13 Vol. Da Coleção Rubens Limongi. São Paulo: GEN, 2013, p. 15-172. E-book. ISBN 978-85-309-4888-7. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4888-7/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

²³¹ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-195. E-book. ISBN 9788522475360. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

²³² NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 68.

²³³ NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 68.

²³⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

²³⁵ CARNAÚBA, Daniel A. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 13 Vol. Da Coleção Rubens Limongi. São Paulo: GEN, 2013, p. 15-172. E-book. ISBN 978-85-309-4888-7. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4888-7/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

²³⁶ Ibidem, 2013, p. 15-172. E-book.

²³⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 122.

²³⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 122.

²³⁹ STJ. REsp 1.254.141/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, DJe 20.02.2013.

²⁴⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023, p. 11-34. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

impossibilidade de obtenção da vantagem pretendida²⁴¹. Salienta-se que a indenização não poderá ser integral, visto que não será uma indenização pelo dano “final”, mas pela perda da chance de evitá-lo²⁴². Atribui-se à atuação médica a perda da chance em evitar o prejuízo vivenciado, ou seja, será a teoria aplicada à atuação médica quando as atitudes tomadas pelo médico viabilizarem o comprometimento das chances de sobrevivência e de manutenção de saudáveis condições de vida²⁴³. Neste viés, a perda da chance possui por enfoque a possibilidade e probabilidade de cura, visto que a cura não depende exclusivamente do médico, logo, não se poderia exigir a indenização por não se obtê-la²⁴⁴.

No que se refere à aplicação da teoria aos casos de responsabilidade civil médica, o Superior Tribunal de Justiça entende que a incerteza a respeito da perda de uma chance irá residir na participação do médico no resultado em análise, visto que é possível que o dano advinha do próprio quadro clínico e não da falha na prestação do serviço pelo médico²⁴⁵. O referido Tribunal Superior considera que a chance perdida se trata de “bem jurídico autônomo” que é substituível pelo equivalente monetário²⁴⁶. Ademais, aduz-se que a intervenção do médico reduz as chances da vítima de sobreviver, sem suprimi-las, visto que o tratamento negligente do médico poderá causar inúmeros danos, todavia, ainda assim, o paciente poderá sobreviver em razão de fatores adversos²⁴⁷. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a presente teoria à caso em que a paciente veio à óbito em face de atuação negligente do médico²⁴⁸.

Assevera-se que, na seara médica, a chance perdida não mais será uma possibilidade, visto que o prejuízo já ocorreu (por exemplo, o paciente faleceu), logo, o processo deixa de ser aleatório em virtude de já se conhecer o resultado, sendo que tão somente será necessário demonstrar o nexo de causalidade²⁴⁹. Considerando que a causalidade parcial não é aceita, as chances perdidas são analisadas de maneira isolada como um “prejuízo independente”, no entanto, na esfera médica, realizar o isolamento da chance perdida em relação ao dano torna-se bastante dificultoso²⁵⁰. Salienta-se que uma parte da doutrina estabelece que possibilidade diferenciação entre a “frustração de chance de obter uma vantagem futura” e a “frustração da chance de evitar um dano que aconteceu”, sendo que a última abrangeria os casos advindos da seara médica, uma vez que compreende os casos em que o prejuízo se origina de um processo aleatório que não foi interrompido quando deveria tê-lo sido²⁵¹.

Assim sendo, a teoria da perda de uma chance viabiliza que se obrigue a indenizar prejuízos advindos de elementos aleatórios que, anteriormente, eram suportados somente pela

²⁴¹ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-195. E-book. ISBN 9788522475360. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

²⁴² NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 68.

²⁴³ NETO, Miguel Kfour. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 68.

²⁴⁴ FONSECA, P. H.C; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico**: De acordo com o Novo CPC. 1ª ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 157-160.

²⁴⁵ STJ. REsp 1.254.141/PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, DJe 20.02.2013.

²⁴⁶ STJ. REsp 1.254.141/PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, DJe 20.02.2013.

²⁴⁷ CARNAÚBA, Daniel A. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 13 Vol. Da Coleção Rubens Limongi. São Paulo: GEN, 2013, p. 15-172. E-book. ISBN 978-85-309-4888-7. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4888-7/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

²⁴⁸ STJ. REsp 1.677.083/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.11.2017, DJe 20.11.2017.

²⁴⁹ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-195. E-book. ISBN 9788522475360. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

²⁵⁰ Ibidem, 2013, p. 19-195. E-book.

²⁵¹ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-195. E-book. ISBN 9788522475360. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

vítima. A chance perdida pela conduta médica deverá ter ensejado danos à vítima e irá deslocar o nexo de causalidade do resultado para a própria chance perdida bem como gerará uma indenização inferior àquela que seria percebida se o nexo de causalidade estivesse vinculado ao resultado. Saliencia-se que a teoria permanece em construção, todavia, é um instrumento aos tribunais para repararem os prejuízos suportados, viabilizando que os erros de diagnósticos dos médicos (consistentes em elementos aleatórios), pela ausência de adoção do procedimento adequado, sejam indenizados e, por consequência, que seja diminuída a amplitude de danos à coletividade em virtude de comportamento negligente.

7. COMENTÁRIOS À APELAÇÃO CÍVEL N.º 5001577-70.2014.8.21.0035/RS

Extrai-se dos autos que, em 20 de dezembro de 2013, o infante foi levado ao médico em razão de encontrar-se choroso e com um inchaço na perna, sendo que, na ocasião, recebeu o diagnóstico incorreto de reação à vacina e foi liberado com medicação correspondentes sem maiores análises. Ato contínuo, no mesmo dia, o infante passou a apresentar outros sintomas, como diarreia, o que justificou o retorno ao hospital para reanálise do diagnóstico anteriormente fornecido, todavia, somente o medicaram novamente. Em sequência, no dia 18 de maio de 2014, surgiram novos sintomas, como vômito e obstrução nasal, o que ensejou, novamente, o retorno do infante ao hospital, que culminou em novo diagnóstico incorreto, desta vez, de virose, que, frisa-se, não encontrava nenhum respaldo científico.

Neste entremeio, na data de 20 de maio de 2014, embora estivesse devidamente medicado com os remédios a ele prescritos, o infante permanecia choroso e apresentava sintomas agudos, envolviam tosse, secreção nasal, vômito, o que motivou a sua genitora a levá-lo a um segundo hospital, contudo, a despeito de sua tentativa reiterada, foram realizados alguns exames sem que nada fosse encontrado. Após, em 07 de junho de 2014, em razão de continuar chorando e estar com febre, a genitora do infante levou-o ao hospital mais uma vez, todavia, obteve o mesmo diagnóstico de virose que era absolutamente infundado. Irresignada com os diagnósticos genéricos que, tendo em vista que o problema persistia, demonstravam-se errôneos, a genitora do infante optou por buscar outra opinião mais uma vez.

No quarto hospital, o infante foi internado e inúmeros exames foram realizados em vias de obtenção de um diagnóstico adequado ao caso, o que foi concretizado. O infante apresentou quadro clínico de cianose (que se trata da coloração azulada que a pele assume quando há insuficiência de fluxo sanguíneo) e hipotonia (consistente na condição de diminuição da tensão muscular constante à qual o corpo humano está submetido), sendo que, em virtude do quadro, foi encaminhado a outro hospital. O quadro do infante evoluiu e constatou-se que o infante possuía “fontanela abaulada” (relacionada ao aumento da pressão craniana) e hipoatividade, o que justificou o encaminhamento para realização de tomografia computadorizada. Logo após, o infante apresentou crise convulsiva, depressão respiratória e parada cardiorrespiratória. Os exames apresentaram que o infante possuía uma “hemorragia subdural” que decorria de uma rara doença, ao qual era submetido, denominada de “Doença de Von Willebrand”.

O juiz de primeiro grau entendeu pela procedência da ação com fixação de indenização correspondente, da qual a cooperativa médica, inconformada, optou por apelar. O Ministério Público apresentou parecer pelo improvido do recurso, visto que entendeu que o nexo de causalidade entre a conduta e o agravamento do quadro clínico, que culminou na parada cardiorrespiratória, estava devidamente demonstrado. Ademais, o Ministério Público justifica que foi a negligência dos médicos nos atendimentos, ao não aprofundarem suas investigações acerca do caso, com apontamentos de diagnósticos incorretos, que ensejou o agravamento do quadro clínico vivenciado pelo infante.

A respeito do voto proferido pelo relator, observa-se que os termos nele expressos transmitem, de forma fundamentada, semelhantes tópicos aos que foram analisados na presente

pesquisa. O desembargador Carlos Eduardo Richinitti, relator da apelação cível em análise, argumentou que a medicina possibilita que profissionais, de mesma área e, inclusive, envolvendo uma mesma enfermidade, possuam divergências de opinião a respeito do procedimento devido, o que está em consonância com o tópico 3.1 (comentários sobre o código de ética médica) do presente trabalho que ressalta que o Código de Ética Médica garante a “liberdade de atuação profissional”.

Entendeu o relator que o erro deverá estar “manifesto” no caso concreto para que se justifique a indenização, sob pena de que o custo da saúde aumente exponencialmente para garantir que as indenizações devidas serão adimplidas. Fundamentou o relator que é necessário que exista um “dever jurídico preexistente” para que se enseje a obrigação de indenizar, o que é salientado na presente pesquisa, uma vez que, consoante o tópico 4 (responsabilidade civil médica) é ressaltado que a responsabilidade civil é compreendida como um “dever jurídico sucessivo” que decorre do descumprimento de um “dever jurídico originário”. Neste viés, o relator também explicou que a atividade exercida pelo médico é vinculada à obrigação de meio, possuindo raríssimas exceções em que é obrigação de resultado, o que, por sua vez, também é afirmado no presente trabalho, visto que, conforme o tópico 4 (responsabilidade civil médica), é argumentado que a obrigação dos profissionais da área médica trata-se, via de regra, de obrigação de meio.

Sustentou o relator que tanto a legislação civil quanto a consumerista estabelecem que o médico somente será responsabilizado quando demonstrada a atuação com culpa, o que está em congruência com o tópico 4 (responsabilidade civil médica), com o tópico 5 (requisitos do dever de indenizar) e com o tópico 5.1 (análise do artigo 14, §4º, CDC), que estabelecem que o médico somente será responsabilizado quando demonstrada sua culpa e, inclusive, acerca da temática, salienta-se que o tópico 3.1 (comentários sobre o código de ética médica) também assim estabelece, uma vez que o código de ética médica reitera a responsabilidade subjetiva do médico.

Fundamentou o relator que o médico se obriga a atuar de forma diligente e cautelosa, sendo que, a respeito deste dever, encontram-se argumentos em toda a extensão da pesquisa. Argumentou o relator que, com relação à distribuição do ônus da prova, apesar de se tratar de uma obrigação de meio, em alguns casos, se justifica a inversão do ônus da prova em virtude da incidência da legislação consumerista, o que corrobora as informações trazidas no tópico 3 (análise da relação jurídica médico-paciente), visto que, demonstrada situação de hipossuficiência econômica, que deve ser provada, é possível que se inverta o ônus para que o médico seja obrigado a produzir a prova em virtude da sua maior capacitação de produzi-la. Todavia, a esse respeito, importa salientar que existem partes da doutrina que compreendem que não se trata de uma situação de inversão de ônus da prova, mas sim de uma vinculação à tendência da “carga dinâmica da prova” pela proximidade do médico com a prova conforme apresentado no tópico 5.1 (análise do artigo 14, §4º, CDC).

Dentre os argumentos que fundamentaram a decisão do relator de votar pelo desprovimento da apelação: a) o infante apresentava perímetro encefálico com aumento que ocorreu ao longo do mês, o que não foi observado pelos médicos, demonstrando negligência, visto que o aumento do perímetro encefálico é considerado como um alerta; b) apesar do aumento do perímetro encefálico, não foram solicitados exames de imagem para investigar a condição cerebral do infante; c) a perícia judicial confirmou que a “Doença de Von Willebrand” se trata de doença genética, ou seja, a criança nasceu com ela, logo, os médicos poderiam tê-la diagnosticado; d) a perícia judicial afirmou que o diagnóstico imediato, logo que advieram os sintomas, da doença à qual submetido o infante, evitaria o dano vivenciado pela criança.

Examinou o relator que, em sua compreensão, deveria ser aplicada a teoria da perda de uma chance, visto que deveria incidir a indenização pela perda da chance de não ter sido diagnosticado anteriormente, o que teria evitado os danos vivenciados, e não pelo resultado

concreto, o que é analisado no tópico 6.3 (análise da teoria da perda de uma chance) da presente pesquisa. Fundamentou o relator que a aplicação da perda de uma chance para casos de mesma singularidade não constitui uma novidade, sendo que o relator cita jurisprudência da colenda câmara bem como salienta que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça segue no mesmo sentido. Neste viés, aduz o relator que a vinculação da perda de uma chance é extraída da conduta negligente dos médicos que, ao não empregarem a melhor técnica, subtraíram as chances do infante de ser diagnosticado em tempo hábil o suficiente para não vivenciar os danos sofridos. Desta feita, o relator argumentou que se o atendimento realizado tivesse sido pautado no devido procedimento, ou seja, através de um tratamento mais “minucioso” por parte dos médicos, é possível que, conforme constatado pela perícia judicial, não tivesse experimentado os prejuízos sofridos, visto que, provavelmente, o quadro clínico não teria evoluído ao ponto de fragilizar o organismo do infante, como ocorreu, e as intervenções médicas posteriores restariam desnecessárias também.

Assevera-se que os médicos, em virtude dos diagnósticos incorretos, prescreveram remédios ao infante que, por óbvio, não tinham capacidade de evitar a evolução do quadro clínico, uma vez que não se prestavam a tratar o problema vivenciado pelo infante, o que, por sua vez, poderia, inclusive, ter ocasionado danos decorrentes da própria intervenção médica, ou seja, danos iatrogênicos decorrentes da prescrição de medicamentos que não se enquadravam como adequados para o caso concreto, conforme analisado no tópico 6.2 (análise dos erros de diagnóstico). O relator conclui seu voto afirmando que os médicos da cooperativa médica não forneceram o atendimento que deles era legitimamente esperado quando não seguiram o padrão de procedimento que é adotado em casos semelhantes (análise do quadro clínico através dos sintomas auferidos, solicitação de exames específicos e necessários, observância da frequente busca por médicos pela genitora e a situação específica do perímetro encefálico, visto que o aumento é, como já dito, um alerta), e, em razão disso, diminuíram as chances do infante de ser diagnosticado tendo seu sofrimento “atenuado” ou “contornado”, ou seja, de não vivenciar os danos.

A conclusão elaborada pelo relator resta corroborada pelo tópico 4 (responsabilidade civil médica), pelo tópico 5.2 (o risco inerente à profissão e o erro médico), pelo tópico 6 (responsabilidade civil médica por negligência), pelo tópico 6.1 (falha na prestação de um serviço), pelo tópico 6.2 (análise dos erros de diagnóstico) e, por fim, pelo tópico 6.3 (análise da teoria perda de uma chance), do presente trabalho. Importa salientar, ainda, que o tópico de direito à saúde engloba toda a responsabilidade civil médica e, por sua vez, está inserido dentro de todos os argumentos esboçados pelo relator.

Analisa-se que os argumentos procederam, visto que os demais desembargadores da colenda câmara acompanharam o relator e, por unanimidade, desproveram o recurso da parte ré. Neste sentido, observa-se que resta flagrante que a apelação cível em tela endossa todas as considerações realizadas ao longo da presente pesquisa.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizadas as ponderações necessárias, conclui-se pela inegável essencialidade, na sociedade contemporânea, da temática da responsabilidade civil médica por negligência, tendo em vista que, a despeito da evolução científica notória, os médicos ainda são seres humanos, erráticos, o que, frisa-se, é justamente o que torna imprescindível que sejam o mais diligentes e cautelosos que puderem em sua atuação, de modo a evitar que danos evitáveis sejam causados e evitar que chances de obtenção de resultados favoráveis sejam perdidas.

A constituição federal instituiu, como direito social fundamental, o direito à saúde em razão da sua importância jurídico-social. Salienta-se que é imprescindível que à população seja viabilizada uma vida saudável com vias a garantir ao ser humano uma existência digna, visto

que o princípio norteador do texto constitucional é o princípio da dignidade humana. Neste viés, observa-se que, considerando que o direito à saúde é um direito fundamental social, o acontecimento de eventual falha na proteção deste direito incidirá, de maneira flagrante, em uma violação do princípio da dignidade humana. A respeito disso, o direito à saúde é pautado pela idealização de restrição dos danos, ou seja, qualquer prática que perpetre quaisquer espécies de danos será vedada. Neste entremeio, observa-se que a legislação consumerista também deverá ser analisada quando se estiver relacionando os conceitos de responsabilidade civil médica, tendo em vista a posição de prestador de serviços na qual o médico figura.

A observância do código de defesa do consumidor na relação médico-paciente é de notável relevância, visto que o paciente, em sua condição de vulnerabilidade técnica em virtude de ausência de conhecimento específico necessário, resta em desequilíbrio em relação ao médico, logo, a incidência da legislação consumerista conduz o paciente a uma condição menos desbalanceada. Neste sentido, estipula o Código de Defesa do Consumidor que é possível a inversão do ônus da prova quando comprovada a hipossuficiência do consumidor. Além disso, possuirá um defeito àquela prestação de serviço que não atender aos critérios de normalidade e previsibilidade, todavia, caso atenda a tais critérios, será considerada uma periculosidade inerente à profissão, o que afastará o dever de indenizar.

Em sequência, a legislação consumerista estabelece que o profissional liberal, do qual o médico é um exemplo, somente será responsabilizado quando comprovado que agiu com culpa. Trata-se de importante disposição que, inclusive, consiste na única disposição de responsabilidade subjetiva do Código de Defesa do Consumidor, o que expõe a compreensão diferenciada da relação médico-paciente. Neste viés, importa salientar que, para se configurar como profissional liberal, o atuante deverá exercer permanentemente, e sem vínculo empregatício, uma profissão que exija conhecimentos técnicos específicos obtidos mediante certificação por “órgão habilitador”, sendo que o médico, que não for empregado, cumpre todos os requisitos estabelecidos. Salienta-se que a certificação por “órgão habilitador” não se constitui em requisito essencial, todavia, a doutrina entende que deveria ser um requisito pela interpretação dos demais requisitos.

A responsabilidade civil é uma área muito abrangente cuja finalidade é a reparação de danos vivenciados por uma pessoa em virtude da conduta de outra. Observa-se que para que se configure um ato ilícito deverá haver o descumprimento de uma obrigação que origina danos de qualquer espécie. A esse respeito, em síntese, o descumprimento de uma obrigação que gera danos irá originar a obrigação de indenizar. A responsabilidade civil poderá decorrer da lei (extracontratual) ou do contrato (contratual). Na responsabilidade civil médica, em regra, ocorrerá a responsabilidade contratual. Seguindo nesta análise, o Código Civil estabelece que a responsabilidade civil dos médicos será auferida somente mediante comprovação de culpa ao estipular que os médicos só serão responsabilizados quando demonstrada negligência, imperícia ou imprudência pelo médico. Além disso, salienta-se que há a subdivisão de obrigações em obrigações de meio (dever de cautela e diligência) e de resultado (entregar o que prometeu), sendo que, na responsabilidade civil médica, vige, por regra, as obrigações de meio, visto que a atuação médica geralmente restringe-se a fazer todo o possível para obter resultados satisfatórios sem que se possa, contudo, garantir o resultado efetivo em razão de diversos fatores externos à vontade do médico.

Destaca-se, por oportuno, que a doutrina majoritária estabelece que a culpa médica “em sentido estrito” se vincula a um determinado padrão de conduta do que se espera ou poderia esperar daquele médico. Ademais, esse relacionamento constitui-se em uma relação *intuitu personae* em virtude da confiança estabelecida entre os integrantes do liame. Neste sentido, observa-se que o médico deverá ser comparado com indivíduo médio, todavia, é compreendido que quanto maior seja sua especialização, maior será o rigor de análise deste padrão de conduta, o que é justificável pela própria lógica de que um médico especialista possui maior aptidão em

sua área de atuação do que um médico que seja clínico geral. Aduz-se que o erro médico se trata da conduta humana perpetrada pelo médico que, oriunda da falha na prestação do serviço, origina danos ao paciente. Nesta senda, sintetiza-se que o erro profissional ocorre na situação em que a conduta correta foi exercida da maneira incorreta gerando danos.

A respeito do erro médico, colaciona-se, ainda, que há um juízo de valor relacionado à conduta praticada, visto que é analisada a conduta perpetrada em relação àquela conduta que deveria ter sido praticada, ou seja, o erro médico é compreendido como um erro de conduta em que, por não aplicar a melhor técnica, o profissional ocasiona danos. Observa-se que a eventual comparação analisará se outro procedimento impediria os danos ocasionados pela conduta perpetrada. Neste viés, inclusive, a compreensão de que o erro médico ensejará a análise de um “padrão de conduta” viabiliza que seja possível que se indenize o erro de diagnóstico, o que, em momento anterior ao desenvolvimento desta tese, era inviabilizado.

Em relação ao erro de diagnóstico, analisa-se que para que seja definido que houve erro deverá ser o procedimento aplicado comparado com o procedimento clínico padrão a ser aplicado no caso concreto. A realização de todos os exames que são essenciais e necessários se constituirá em um dos requisitos de um procedimento padronizado de diagnóstico.

Colaciona-se que a relação médico-paciente é permeada pela atividade de aferição de sintomas, que, no entanto, deverão ser efetivamente comprovados, o que, frisa-se, não ocorreu no caso concreto analisado pela apelação cível utilizada nesta pesquisa, uma vez que os médicos apenas aferiram sintomas e vincularam a um diagnóstico que não tinham provas (exames necessários e essenciais) para fundamentar, sendo que optaram, por fim, a relegar a um diagnóstico genérico (virose) de forma negligente. A perda de uma chance compreende a possibilidade de se indenizar a chance perdida pelo médico em virtude de uma conduta negligente que inviabilizou a concessão de todas as chances possíveis de cura ao paciente.

Analisa-se que o erro de diagnóstico, quando devidamente caracterizado, trata-se de uma das possíveis justificativas para a aplicação da teoria, tendo em vista que o médico, ao não diagnosticar o paciente corretamente, por negligência, estará subtraindo as chances do paciente de sobreviver, desde que esteja demonstrado que, se tivesse sido diagnosticado, não teria vivenciado o dano. Salienta-se que a aplicação da perda de uma chance deverá ser demonstrada de forma concreta e real em observância a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o que, no caso concreto da apelação cível analisada, foi exposto adequadamente, visto que o laudo pericial confirma que o diagnóstico imediato e correto, assim que demonstrou sintomas, por óbvio, realmente poderia evitar que o dano vivenciado tivesse acontecido. Por fim, demonstra-se que a apelação cível utilizada enlaça todos os tópicos apresentados na presente pesquisa.

Assim sendo, a presente pesquisa contempla a análise da responsabilidade civil médica por negligência de maneira ampla, sem pretensão de esgotamento da temática que se demonstra por demais volumosa. Nesta senda, observa-se que a temática se apresenta como de extrema relevância em virtude dos bens jurídicos tutelados e das consequências jurídico-sociais deles decorrentes e, portanto, merece ponderação cuja finalidade será a diminuição dos casos de erro médico que irão suscitar, por fim, a amplitude do avanço científico bem como o desenvolvimento de uma maior confiabilidade na atuação médica.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8ª ed., São Paulo: Afiliada, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei N.º 8.078, 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

BRASIL. **Lei N.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

BRASIL. **Código de Ética Médico Brasileiro** (Resolução n.º 1931, cap. I, inciso III). Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.097.955/MG**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.09.2011, DJe de 03.10.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 318.379/MG**, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2001, DJ 04.02.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n.º 1.328.457/RS**, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11.09.2018, DJe 17.09.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n.º 1.254.141/PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, DJe 20.02.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n.º 1.677.083/SP**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.11.2017, DJe 20.11.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 52785936120238217000**. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em: 10-11-2023. Disponível através de pesquisa jurisprudencial pelo site do TJ/RS.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 50082415920138210001**, Órgão julgador: Décima Câmara Cível, comarca de origem: Porto Alegre/RS, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em: 15.12.2022. Disponível através de pesquisa jurisprudencial pelo site do TJ/RS.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 50045287820158210010**, Órgão julgador: Décima Câmara Cível, comarca de origem: Caxias do Sul/RS, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em: 23.02.2023. Disponível através de pesquisa jurisprudencial pelo site do TJ/RS.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 50015777020148210035**, Órgão julgador: Nona Câmara Cível, Comarca de origem: Sapucaia do Sul/RS, Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 29.03.2023. Disponível através de pesquisa jurisprudencial pelo site do TJ/RS.

CARNAÚBA, Daniel A. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 13 Vol. Da Coleção Rubens Limongi. São Paulo: GEN, 2013. E-book. ISBN 978-85-309-4888-7. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4888-7/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

CHAGAS, Edilson Enedino; SANTANA, Héctor Valverde. Responsabilidade Civil Decorrente do Erro Médico. 10 ed., n.º 10, Brasília: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, 2013. Em pdf, p. 297-311. DOI 10.5102/repp.v3i2.2536

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2023. E-book. ISBN 9786559775217. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775217/>. Acesso em: 29 out. 2023.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2022. E-book. ISBN 9786559772766. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772766/> Acesso em: 09.10.2023.

FILHO, J. A. P., **Direito do Consumidor: Coleção Método Essencial**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, E-book. ISBN 9786559645596. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645596/>. Acesso em: 11 out. 2023.

FONSECA, P. H.C; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico: De acordo com o Novo CPC**. 1ª ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FRANCA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. ISBN 9788530992316. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992316/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2019. E-book. ISBN 9788527735247. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, L. A. S. Standarts Probatórios no Contexto da Responsabilidade Civil do Médico. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n.º 2, maio a agosto de 2017. ISSN 1982-7636. pp. 88-115.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Vol. 4**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Jur., 2022. E-book. ISBN 9786555596144. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596144/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, Cláudia L.; e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559645527. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 20 de setembro de 2023.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

KHOURI, P. R. R. **Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. 5 ed., RS: **Revista dos Tribunais**, 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. PDF 1-26.

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 38ª ed., São Paulo: Atlas, 2022.

MORAES, M. C. B.; GUEDES, G. S. C.; **Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais**. 1ª ed., Rio de Janeiro: GEN, 2016, E-book. ISBN 9788530972394. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972394/>. Acesso em: 15 out. 2023.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

SARLERT, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SIMONELLI, Osvaldo. **Direito Médico**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. E-book. ISBN 9788522475360. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522475360/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, E-book. ISBN 9788530986087. Disponível, mediante assinatura, em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/>. Acesso em: 13 out. 2023.

TARTUCE, Flávio; NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.