

## A INSUSTENTÁVEL LEVEZA DA CULPA NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DA MEDICINA

### THE UNBEARABLE LIGHTNESS OF GUILT IN THE PROFESSIONAL PRACTICE OF MEDICINE

<sup>1</sup>OLIVEIRA, Matheus de Moraes Grasselli de; <sup>2</sup>BRAUER, Antonieta Lima.

<sup>1</sup>Graduando do Curso de Direito, Centro Universitário Sudoeste Paulista – UniFSP, Avaré/SP;

<sup>2</sup>Docente do Curso de Direito, Centro Universitário Sudoeste Paulista – UniFSP, Avaré/SP.

#### RESUMO

O objetivo geral do presente artigo científico assenta-se em reconhecer a frágil condição da culpa como pressuposto da responsabilidade civil na conduta médica. Além disso, busca identificar a origem da responsabilidade civil através de suas elementares. Visa também definir a postura do médico *versus* paciente, em juízo, e suas estratégias para excluir o dever de indenizar. Destarte, a metodologia da investigação constitui-se na pesquisa bibliográfica, com o levantamento, seleção e documentação do que já foi publicado sobre o tema em legislação, doutrinas e jurisprudências mais recentes, das quais nasceu a pesquisa. A referida análise tem como norte a incidência do art. 951 do Código Civil e o art. 14, §4º do Código de Defesa ao Consumidor, assegurando antecipadamente o dever de indenizar, em decorrência de lesões ou de eventual morte, e tudo isso abarcado pela insustentável e fragilizada culpa do suposto agente responsável, o médico. É necessário demarcar os limites do *modus operandi*, de maneira a tecer o caminho que a responsabilidade segue até se cobrir com esta culpa inatacável. Todavia, a dicotomia entre relação contratual e extracontratual se faz presente no momento desta análise, visto que a atuação do profissional da medicina muitas vezes exige o emprego de técnicas e métodos, necessitando por ora, de uma expressa garantia para assegurar, por vias das dúvidas, certos direitos ao prejudicado. Não obstante, fica visível o interesse do sistema jurídico cível de alcançar estes fatos jurídicos, considerando o caráter constitucionista-civil que une o princípio da dignidade da pessoa humana com a garantia de não ter seu direito violado. Conforme lição de Kfoury Neto, o profissional médico possui um dever de cuidado, que deve ser aplicado com destreza, mas, mesmo com todo o caráter genuíno de seu trabalho, se age de certo modo, pode praticar conduta ineficaz, por possíveis falhas em seu labor, sempre analisado pela ótica da regra civil (negligência, imprudência e imperícia). Pela conexão entre a relação jurídica construída, o ato ilícito (violação do direito) e a aplicação da lei imperativa configuram o dever de indenizar.

**Palavras-chave:** Culpa; Médico; Responsabilidade Civil.

#### ABSTRACT

The purpose of this scientific article is to examine the role of a fragile fault in establishing civil liability for medical conduct, trace the fundamental components of civil liability, and establish the connection between the doctor's behavior and the patient's court experience. The purpose of this scientific article is to determine the requirement of a fragile fault for civil liability in medical conduct, identify the original components of civil liability, and establish the correlation between the doctor's conduct and the patient's experience in court. Additionally, strategies to avoid duty to compensate will be examined. Thus, the research methodology includes conducting a bibliographic search and survey, as well as selecting and documenting the most recent legislation, doctrines, and case law related to the research topic. This analysis is based on the provisions of Article 951 of the Civil Code and Article 14, paragraph 4 of the Consumer Protection Code, which require compensation for harm resulting from injury or death. The physician's liability is uncertain, but all applicable indemnification would be covered. This analysis is objective and excludes subjectivity. Defining the boundaries of the method of operation is necessary to track liability until it is clear and indisputable. However, the dichotomy between contractual and non-contractual relations is present at the time of this analysis, since the work of medical professionals often requires the use of techniques and methods that require, for the time being, an explicit guarantee in order to guarantee, as a precaution, certain rights to the injured party. Nonetheless, the objective of the civil legal system in establishing these legal facts is apparent because of the constitutional-civil character that

combines the principle of human dignity with the assurance of non-violation of rights. As per Kfoury Neto, healthcare providers have an obligation to provide care that must be performed with expertise. However, even with good intentions, individuals may exhibit ineffective behavior leading to work-related setbacks, always analyzed from the standpoint of civil rules (negligence, recklessness, and malpractice). Because of the legal relationship established, the illegal act (breach of law), and the enforcement of mandatory laws, there is an obligation to provide compensation.

**Keywords:** Guilt; Doctor; Civil Responsibility

## INTRODUÇÃO

Quando se tem um poder de grande relevância, é fato dizer que as consequências são proporcionais ao nível de responsabilidade que a pessoa tem como encargo.

Nas palavras do músico Hayne (O Pensador, 2023), “A posse de grandes poderes e a capacidade para o bem implica responsabilidades igualmente grandes em seu emprego”. O Discípulo Lucas, que também era médico, em seu livro, no capítulo 12 e versículo 48, da Bíblia Sagrada (2023), menciona uma mensagem semelhante à referida: “Daqueles a quem foi confiado muito, muito mais será pedido”.

Contudo, se até mesmo o bom livro entende sobre a necessidade da aplicação da responsabilidade a quem tem o ônus, cabe considerar e estabelecer um parâmetro entre os deveres do profissional da medicina e os limites do dano em razão de sua atividade.

Portanto, deste prelúdio inicia-se a extração da ideia de alcance destas consequências, que advém do dano causado e da culpa do agente.

Nos tempos antigos, o médico era considerado como “da família”, trazendo serviços hospitalares em casa (KFOURI-NETO, 2013, p.33). O mesmo era tratado como um ser que detinha o “poder da cura”, e por ser colocado neste pódio de relevância e importância, é dificultosa qualquer reparação por danos causados em pacientes, sendo as chances quase nulas (KFOURI-NETO, 2013, p.33).

Com o decorrer do tempo, as regras se flexibilizaram, permitindo um maior acesso do paciente à justiça, visto que muitos danos eram irreversíveis, o que causava mal-estar na sociedade, pois este profissional tornava-se um “imortal” para o sistema jurídico dos atos ilícitos, não sendo responsabilizado por suas atividades profissionais, ou se responsabilizado, com uma enorme desproporção entre dever de indenizar e culpa (KFOURI-NETO, 2013, p.34).

Quando se tem uma forte responsabilidade em mãos, há a necessidade de evitar danos e/ou riscos à saúde, e essa necessidade deve ser observada pelo

profissional, pelo paciente e até mesmo pela sociedade.

Há ganho pessoal com o presente estudo, na medida que é necessário, ao operador do Direito, o domínio do instrumental da responsabilidade civil.

Há, também, ganho intelectual, diante da nova realidade a respeito da Responsabilidade Civil e seus limites, dentro da ordem civil no Brasil e no mundo, a partir do estudo e compreensão das legislações que protegem os pacientes, que regulamentam a responsabilidade civil do profissional médico, bem como da doutrina e da jurisprudência, o que acabará por reforçar e disseminar o Direito Civil como ciência jurídica.

E, por fim, há ganho social, tendo em vista a busca por melhor efetividade da norma civil nas relações jurídicas, levando em conta que um dos lados é hipossuficiente e, portanto, ajuda a trazer maior instrução à comunidade e melhor qualidade de vida a todos.

O presente estudo possui o enfoque em compreender a extensão da culpa do médico, quando houver erro de sua parte. Ainda assim, vem responder quais os elementos que compõem a referida conduta. Por fim, busca identificar o posicionamento que ambas as partes precisam ter quando estão em juízo.

## **METODOLOGIA**

A metodologia da investigação constitui-se na pesquisa bibliográfica, com o levantamento, seleção e documentação do que já foi publicado sobre o tema em legislação, doutrinas e jurisprudências mais recentes, das quais nasceu a pesquisa, tratando-se, pois, de revisão de literatura.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **DOS CONCEITOS INICIAIS**

A responsabilidade civil surge da consequência do ato ilícito (ato de vontade) ou do abuso de um direito, gerando danos a outrem.

Como leciona Stoco (2004, p.120):

Se resumir for possível, pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar, implícito ou expresso na lei.

Dentro da ótica de Pereira; Tepedino (2018, p.27), ao mencionarem o pensamento de Alterini, buscam conceituar a responsabilidade civil com fundamento no

fato de que qualquer indivíduo pode sofrer um dano, porém, nem todo dano é ressarcível, e a partir da ressarcibilidade pressupõe-se que este seja atribuído a outro sujeito, consistindo na prestação encarregada pelo responsável, em decorrência de um dano injusto.

Toda a responsabilidade civil é gerada na culpa (art. 186 do Código Civil), fundamentada no *neminem laedere*, trazendo assim um princípio genérico de que ninguém pode lesar direito de outrem, fato que não era considerado na antiguidade, pois a responsabilidade era puramente objetiva, sem se preocupar com a culpa do agente (PODESTÁ, 2005, p.243).

Com o advento das doutrinas francesa e germânica, que reconheciam o dever de indenizar somente com a pesquisa da culpa, a responsabilidade objetiva passou a ter uma função subsidiária (PODESTÁ, 2005, p.243).

No Brasil, a teoria adotada na ordem civil foi a subjetiva, pois cabe recordar que o art. 927 do Código Civil (2023) prevê o dever de indenizar/reparar quando se estiver diante da regra geral, isto é, do elemento subjetivo, presentes as circunstâncias de negligência, imprudência e imperícia (*Dolo/Culpa Strictu Sensu*), entretanto, com este mesmo propósito reparatório, o próprio diploma (2023) elenca atos ilícitos a partir do art. 187 e seguintes, e o art. 927, parágrafo único se reveste da objetividade da conduta, da qual independe da análise da culpa do agente.

Entende-se, portanto, não ser possível a reparação de danos sem que exista a culpa do agente. Entretanto, em casos excepcionais, a legislação adotou a teoria objetiva/risco, como por exemplo no caso do detentor ou dono de animal, que responde independentemente de culpa pelos danos causados por este, pelo que a responsabilidade subjetiva resume-se no ato ilícito, que sempre dependerá da culpa do agente, sendo que a responsabilidade objetiva exclui a culpa (PODESTÁ, 2005, p.244).

Por culpa entende-se a divisão entre *lato sensu* (intenção de causar dano), e *strictu sensu* ou aquiliana (presença da imperícia: inobservância de regra técnica; imprudência: agir sem cautela; ou negligência: falta de atenção), quanto à negligência e imprudência, nascem do próprio ato ilícito, não havendo qualquer qualificadora para sua configuração (PODESTÁ, 2005, p.243).

Entretanto, quanto à imperícia, trata-se de um universo mais técnico, em que a preparação, o conhecimento e a hermenêutica especializada são os intrínsecos prequestionamentos para a ocorrência da imperícia, dando ensejo ao ato ilícito (PODESTÁ, 2005, p.243).

Cabe ressaltar que a culpa, em seu aspecto estrito, preocupa-se com o dever de cuidado subjetivo, e a real intenção do agente é inútil frente o sistema cível, devido ao princípio da fragmentariedade que não resguarda esta preocupação, independentemente da conduta ser lícita ou não, e traz para análise o agir inadequado que resultou no dano antijurídico (PODESTÁ, 2005, p.248).

Podestá (2005, p.248) ainda ensina:

Por tal aspecto, sempre que o dever primário não for observado, vale dizer, prática de ato ilícito que resulta o dano, haverá a obrigação de reparar, que no caso identifica-se como a própria responsabilidade advinda do evento. Por assim dizer, em geral, o autor do ato danoso sempre é a pessoa responsável pela indenização. É como afirmar que não existe ato ilícito sem responsável.

Ainda, cumpre mencionar que a responsabilidade pode ser vista a partir do descumprimento de uma cláusula, denominada de contratual, quando a convenção prévia entre as partes não é cumprida, e, por outro lado, quando não envolver relação contratual, caracteriza-se como responsabilidade extracontratual, que existirá a partir do momento em que houver a infringência a um dever legal, sem existir vínculo antecedente entre o causador do dano e a vítima.

Em ambos os casos, perdura o dever de indenizar a vítima. Quanto à responsabilidade contratual, o credor só está obrigado a provar que uma cláusula não foi cumprida, reservando-se à culpa presumida. Já no caso da responsabilidade extracontratual, a vítima tem o dever de provar a culpa, em regra, como por exemplo no caso do pai ou da mãe que tem dever legal de cuidar e proteger seu filho (a), sem que haja um instrumento particular regendo esta relação (PODESTÁ, 2005, p.254).

Contudo, já se sabe que a responsabilidade contratual decorre da existência prévia de um instrumento particular/contrato e, em contrapartida, a caracterização da responsabilidade extracontratual se dá por alguns elementos, que funcionam como pressupostos para o dever de indenizar, sendo eles: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; nexo de causalidade; dano.

Eis lição de Podestá (2005, p.259):

a) ação ou omissão: conduta humana é o elemento básico e trata-se do primeiro momento do ato ilícito a justificar a reação da lei para impor o ressarcimento. Não há responsabilidade civil sem um resultado danoso. Só à pessoa pode-se imputar uma ação ilícita e nesse aspecto assume relevância jurídica a ação voluntária;

b) culpa ou dolo do agente: é a inexecução de um dever que o agente poderia comhecer e observar. Envolve dois aspectos, um objetivo decorrente do dever violado, e outro subjetivo que se relaciona com a imputabilidade do agente; ...

E prossegue o autor:

c) relação de causalidade: é o liame que relaciona a conduta do agente e o prejuízo experimentado pela vítima. O ressarcimento dos danos envolve tão-só os que ele tenha na realidade ocasionado, os que possam considerar-se pelo mesmo produzidos. O nexó de causalidade entre o fato e o dano desempenha, conseqüentemente, a dupla função de pressuposto da responsabilidade civil e de medida da obrigação de indenizar;

d) dano: é a violação do direito que não necessariamente precisa ser pecuniário. Como pressuposto essencial da responsabilidade civil, o dano representa o prejuízo experimentado pela vítima ou ofendido. (PODESTÁ, 2005, p.259)

O dano serve como um medidor para sua reparação, que, por sua vez, impede a desproporção, evitando a injustiça em ambos os lados, pois o ressarcimento precisa ter um nível equitativo com o dano e, caso contrário, a injustiça reina, e nesta acepção deve-se tomar cuidado para que no final não haja juízo de valor, a ponto de ser injusto com um ou com outro (PODESTÁ, 2005, p.259).

Assim como na fábula da Onça e a Justiça, em que a própria onça entendia que a justiça vinha da vontade de fazer o que bem entendesse com a raposa, como se alimentar dela, em virtude de sua superioridade (LENIS, 2023), pelo que a desproporção deve ser desviada no momento que se trata de reparação civil, pois é da justiça que o bom direito se alimenta. No ordenamento jurídico o próprio art. 944 do CC atribui ao dano a função de definir a altura/extensão de sua reparação (PODESTÁ, 2005, p.243).

## **DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO TEMPO**

Em grande parte da história das civilizações, na estruturação e organização destas, era de extrema necessidade que o culpado pelo dano causado fosse responsabilizado (STOCO, 2004, p.527). Um bom exemplo é a regra de Talião – Olho por olho, dente por dente – através da Lei das XII Tábuas, que determinava a aplicabilidade de uma punição nos moldes do “pagar mal com mal” (TEPEDINO, 2021, p.34). Porém, nesta fase, havia uma linha tênue entre a responsabilidade civil e a penal (STOCO, 2004, p.527).

Tempos mais tarde, a responsabilidade civil deixou de ser enxergada através da punição do agente ofensor, passando a se relacionar com o dano injusto, e consagrar determinado instituto como a simples reparação patrimonial (TEPEDINO, 2021, p.35).

Na própria atualidade é fácil encontrar este pensamento, como no caso da Constituição da República de 1988, que passou a concretizar o caráter reparatório que carecia em seu texto, ao promover a proteção da vítima por meio da dignidade da

pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/88) cumulada com o princípio da solidariedade social (art. 3º, inc. I, CF/88), deixando o entendimento de que seu foco não se vislumbra na repressão de condutas, mas na reparação do dano, reconhecendo o elemento subjetivo como fundamento desta matéria (TEPEDINO, 2021, p.34).

#### DA ATIVIDADE MÉDICA NA HISTÓRIA

Conforme leciona Stoco (2004, p.527) em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil:

Constituía uma prática empírica e rudimentar através da técnica “*técnica-erro – tentativa/acerto*”. Era, portanto, experimental. A atividade médica e a preocupação com o problema que as doenças ainda sem cura causavam não se traduzem em prática e discussão atual. Constituem matéria tratada desde os primeiros registros da existência de uma sociedade organizada.

No intróito dos tempos o exercício da medicina se resumia em testes e experimentos e a busca pela cura da vida sempre foi exercida, desde os primórdios da civilização (STOCO, 2004, p.527). A partir da prática empírica e rudimentar, nasciam os médicos leigos e experimentadores que, através da curiosidade, despertavam a atenção de toda sociedade (STOCO, 2004, p.527).

Por muito tempo estes experimentadores foram classificados como membros de uma minoria composta por “mágicos”, curandeiros ou feiticeiros, e isso por volta de 4.000 a.c. entre os Sumérios na Mesopotâmia (STOCO, 2004, p.527). Até certo momento da história, acreditava-se que as doenças vinham de forças divinas e de pecados praticados, porém, a conversão deste pensamento arcaico para um pensamento técnico e científico veio depois (STOCO, 2004, p.527).

Os registros antigos a respeito da atividade médica não são muitos, pois não existiam regulamentações, mas dentre as que se viam, o registro mais confiável nasceu no reinado de *Khamu-Rabi* (1728-1686 a.c.), visto que seu código de conduta, conhecido como “Código de Hamurabi”, já apresentava certa preocupação com a conduta de pesquisadores e experimentadores da saúde, como em seus artigos 215-218 (STOCO, 2004, p.527).

Conforme os artigos 215-218 no Código de Hamurabi:

Art. 215. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos.

Art. 218. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata, ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, dever-se-lhe-á cortar as mãos.

Art. 219. Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a

lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo. (STOCO, 2004, p.527).

Os Persas, por sua vez, faziam questão de exigir a habilitação e uma prova perante o Conselho Real para que alguém se intitulasse Médico (STOCO, 2004, p.527). A prática mitológica persistia e as práticas médicas serviam para combater espíritos do mal (STOCO, 2004, p.528).

Na migração da Idade Antiga para a Média, eram muito comuns aparições de pestes e epidemias que se alastravam nos vários cantos do continente, e infelizmente a medicina não conseguia contribuir, por conta de sua natureza embrionária na época (STOCO, 2004, p.528).

A primeira figura médica dos tempos antigos foi Hipócrates (450 ou meados de 460 a.c.), que prezava, por meio de seu juramento, invocado até hoje, a dedicação ao doente, a boa prática da medicina e a busca incessante do conhecimento, sempre zelando e enfatizando de que o lugar do médico era ao lado do paciente (STOCO, 2004, p.528).

Ao longo dos tempos, foi possível perceber diversas práticas médicas que visavam a experimentação humana e a busca por entender de forma mais clara os limites da vida e do organismo do ser humano (ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO, 2023).

Muitos médicos ficaram conhecidos por seus feitos, independentemente de se caracterizar como moral ou imoral a conduta do mesmo, podendo citar por exemplo o médico alemão *Joseph Mengele* responsável por realizar experiências desumanas com os prisioneiros do campo de concentração de *Auschwitz* durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) (ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO, 2023).

O ato médico resumia-se em uma relação de confiança (paciente) e de consciência (médico), e o médico era visto como um profissional que ocupava uma figura de onisciência – médico da família, amigo, conselheiro – alguém que não carregava dúvidas em seus serviços e nem admitia reclamação sobre eles, por conta de sua confiabilidade (STOCO, 2004, p.529). Com os avanços sociais, esta relação se extinguiu, distanciando o médico do paciente, tornando-os meros prestador de serviços e usuário, respectivamente, sob a ótica de uma sociedade consumerista (STOCO, 2004, p.529).

Para Pereira; Tepedino (2018, p.189):

E no frontispício de seu estudo, é de se levar na devida consideração o impacto



dos progressos técnicos sobre a atividade médica, a que em especial se refere René Savatier. A técnica mecânica, diz ele, aumentando a vida humana, aumentou a segurança.

O médico, para usá-la devidamente, necessita de possuir novos conhecimentos, atualizando-se no interesse de seus pacientes. Na trilha da lei geral do progresso, a técnica médica tende a comandar o seu concurso. Se, por um lado, habilita o profissional para desenvolver a sua arte, e melhor aplicá-la, impõe-lhe também deveres inexistentes na medicina tradicional.

## **DA FIGURA DO PROFISSIONAL DA MEDICINA**

Outrossim, cabe ressaltar que o médico – profissional devidamente habilitado – como responsável primário pela saúde pública, tem o dever de prestar seus serviços com zelo, a fim de assegurar saúde plena ao paciente e evitar possíveis danos que, infelizmente, podem acabar afetando temporária ou permanentemente a vida humana, e para que isso não ocorra, é preciso que sua capacitação seja sempre preenchida de novos conhecimentos, de modo a atualizar seus pacientes (PEREIRA; TEPEDINO, 2018, p.189). Claro que casos acabam escapando do controle, e a partir deste momento, nasce o direito à indenização (PEREIRA; TEPEDINO, 2018, p.189).

Profissões que podem representar riscos à sociedade, por conta de possíveis erros fatais, exigem um regime especial, com alguns requisitos legais a serem seguidos (diplomação em curso universitário, habilitação técnica e inscrição em órgão especial), dependendo sempre da expressa autorização do Poder Público para ser exercida (art. 22, XVI da CF/88; Regimento do CRM) (STOCO, 2004, p.528).

O próprio Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009), publicado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, em seu preâmbulo, no item III, menciona o dever da habilitação: “III - Para o exercício da Medicina impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal”. (STOCO, 2004, p.528; CRM, 2023).

Como visto, a responsabilidade civil subjetiva une quatro elementos, ao passo que a responsabilidade objetiva exclui a culpa. Quanto à responsabilidade objetiva, tem-se que é aplicada quando estiver taxativamente prevista em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Por sua vez, ao profissional liberal, incluindo os médicos, será sempre assegurada a análise da culpa, conforme o art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor (KFOURI NETO, 2013, p.238).

## DO MÉDICO EM JUÍZO

No pedido de uma ação judicial movida pelo paciente, é óbvio que se deve buscar a reparação total do dano, sendo este o objeto imediato de toda a demanda (KFOURI NETO, 2013, p.238), pois o pedido deve ser determinado quanto à espécie e certo quanto aos limites quantitativos e de extensão (KFOURI NETO, 2013, p.238).

É assegurado o pedido genérico, mesmo que certo e determinado, e o juiz se incumbirá de proferir sentença líquida, devendo proceder à fase do cumprimento a fim de satisfazer o direito reclamado (KFOURI NETO, 2013, p.239).

Ao médico restará comprovar a ausência de culpa, afastando sua responsabilidade, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor (2023) em seu art. 14, §4º, que por sua vez assegura que o profissional liberal deverá sempre ter a sua culpa sob análise (CASTRO, 2023).

Borges (2022) explica:

Importante frisar que a obrigação fundamental do médico constitui-se no atendimento adequado do paciente e na atenção de inúmeros deveres específicos, sendo imprescindível concluir que a ciência médica é uma ciência inconclusa e em virtude disto, poderão ocorrer casos em que mesmo com a utilização de todos os meios e técnicas fundamentais pelo médico, o paciente venha a sofrer reações adversas em virtude de uma característica peculiar própria, vindo a óbito ou a sofrer alguma lesão irreversível. E, nesses casos, haverá a exclusão da responsabilidade do médico.

E prossegue Borges (2022):

podendo-se suplicar os ensinamentos de Rui Stoco:

A obrigação do médico pode ser de meios, como geralmente é, mas também pode ser de resultado, como quando faz um Raio X, um check up, aplica ondas de calor, dá uma injeção, faz transfusão de sangue, procede a determinada esterilização necessária ou, como já nos referimos, no caso da cirurgia plástica estética. Também há possibilidade da obrigação do médico ser de resultado quando assume expressamente a garantia da cura. (2007, p. 556-557)

A jurisprudência vem sendo pacífica a respeito da matéria abordada, mantendo entendimentos, tanto na seara do erro médico, quanto nos casos em que não há falhas por parte do médico, no sentido de se aplicar a teoria subjetiva da responsabilidade.

O E. TJSP (2023) segue uma linha de raciocínio que desfavorece o paciente, em se tratando de erro médico e obrigação de meio, como segue:

APELAÇÃO. ERRO MÉDICO. Complicações pós cirurgia de angioplastia coronariana com implante de *stent*. Ação indenizatória julgada improcedente – Irresignação da autora. Descabimento. Ônus da prova (artigo 373, I do CPC). Ausência de comprovação pela recorrente do fato constitutivo de seu direito.

Prova pericial que apontou a inocorrência de erro nos atendimentos realizados segundo as boas normas de conduta e ética médica. Sentença mantida – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1010626-63.2017.8.26.0132; Relator (a): Gilberto Cruz; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Catanduva - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/08/2023; Data de Registro: 11/08/2023)

Consta, inclusive, do acórdão ementado acima:

Ressalte-se que no caso a obrigação é de meio e não de resultado. Os profissionais da área da saúde se comprometem a empregar os meios necessários ao tratamento, sem garantir qualquer resultado.

E outra não poderia ser a exegese, pois diante da ausência de erro médico ou falha na prestação dos serviços médicos dos apelados, não há prova de ato ilícito, tampouco negligência, imprudência ou imperícia, de modo que se mostra correta a solução lançada na r. sentença, consoante a jurisprudência desta C. Câmara e da E. Corte. (TJSP, 2023).

A primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (2023) fixou entendimento diverso favorecendo o paciente, em caso de erro médico, conforme segue:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PARTO. ERRO MÉDICO. MORTE DE FILHO. INDENIZAÇÃO. EXCESSO NÃO VERIFICADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PROVIMENTO NEGADO. 1. O Tribunal de origem concluiu ser razoável o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) como indenização por danos morais em razão da morte de filho durante o parto. Entendimento diverso, conforme pretendido, implicaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de novo juízo acerca dos fatos e provas, e não na valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, o que impede o conhecimento do recurso especial quanto ao ponto. Sendo assim, incide no presente caso a Súmula 7 do STJ, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp n. 1.949.215/AM, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023.)

Segue ainda outro julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (2023), da seguinte maneira:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. ERRO MÉDICO. PERFURAÇÃO DO URETER DURANTE CIRURGIA DE EXTIRPAÇÃO DO ÚTERO. PRESCRIÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. SÚMULA 83/STJ. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Não se verifica a alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte estadual dirimiu, fundamentadamente, os pontos essenciais ao deslinde da controvérsia. 2. O entendimento do STJ é de que não há preclusão temporal em relação a questões de ordem pública, mas pode ocorrer preclusão consumativa. Dessa forma, não é cabível decidir novamente o que já foi decidido, mesmo se tratando de matérias de ordem pública, como a prescrição. Nesse contexto, tem-se que a controvérsia foi decidida em conformidade com a jurisprudência desta Corte de Justiça. Incidência da Súmula 83 do STJ. 3. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, à luz dos princípios da livre apreciação da

prova e do livre convencimento motivado, concluiu pela existência de erro médico na conduta do ora agravante e de nexos de causalidade entre os procedimentos realizados e o dano sofrido pela ora recorrida. 4. No caso, a modificação de tais entendimentos lançados no v. acórdão recorrido, como ora postulada, demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AglInt nos EDcl no AREsp n. 1.306.554/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 22/5/2023.).

Todavia, a presença da culpa na responsabilidade do médico incomoda, por dificultar a produção de provas para as vítimas e para seus familiares, devido às hipossuficiências econômica e técnica, sendo certo que o médico se encontra em melhores condições do que a vítima para trazer aos autos elementos suficientes a comprovar sua responsabilidade (KFOURI NETO, 2003 apud BORGES, 2022).

## **A TEMÁTICA NA VIDA REAL**

Atualmente, a conduta médica vem sendo questionada com bastante frequência, como o caso de Alessandra dos Santos Silva, que vivenciou episódio contestável em seu quadro clínico:

Alessandra começou a sentir dores e sangramento em agosto do ano passado e, após receber o diagnóstico de miomas no útero, foi orientada a fazer a cirurgia para retirada. Em janeiro, ela recebeu uma ligação de que o procedimento seria marcado para 3 de fevereiro no Hospital Estadual da Mulher Heloneida Studart, em São João de Meriti. No dia seguinte, os médicos avisaram à família dela que seria preciso retirar o útero inteiro. Depois, os parentes notaram que os dedos da mão esquerda da trancista haviam escurecido. Depois de quatro dias, os parentes teriam ouvido dos médicos que "ou era a vida de Alessandra ou era o braço" após uma drenagem não ocorrer como o esperado, e autorizou a amputação. A situação, no entanto, ainda se agravou e a paciente ficou dois dias em coma, quando os rins e o fígado dela quase pararam de funcionar. Ela recebeu alta em 15 de fevereiro, mas, 13 dias depois, quando o médico foi examinar os pontos da cirurgia, ele se assustou com o curativo na barriga e a encaminhou de volta para o Heloneida Studart. (IG ÚLTIMO SEGUNDO: *ON LINE*, 2023).

Sobre o caso de Alessandra dos Santos Silva, ainda tem-se:

Devido à situação que já tinha passado no local, ela tentou vaga em outras cinco unidades até conseguir ser internada no Hospital Maternidade Fernando Magalhães, de onde acabou sendo transferida para o Hospital municipal Souza Aguiar, onde ficou de 4 de março a 4 de abril. (IG ÚLTIMO SEGUNDO: *ON LINE*, 2023).

Outro caso recente que abalou o caráter genuíno da medicina e trouxe tamanha reprovação social foi o ocorrido com a senhora Maria José, na cidade de Maceió/AL, que precisou operar o joelho, conforme a matéria a seguir:

A paciente que teve uma perna amputada por erro médico no Hospital Geral do Estado (HGE), em Maceió, é uma idosa de 73 anos que entrou na sala de cirurgia para corrigir uma fratura no tornozelo, mas teve o membro amputado na altura da coxa, segundo o diretor do hospital, Rodrigo Melro [...]. A idosa estava internada no HGE desde o 19 de abril e a cirurgia foi realizada nessa sexta-feira (21). Uma irmã contou que Maria José era ativa, independente e gostava de morar sozinha. (UOL NOTÍCIAS: *ON LINE*, 2023).

Casos como o de Alessandra ou de Maria José demonstram a tamanha necessidade de tratar com seriedade e preocupação a culpa médica.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após exaustiva pesquisa, nesta temática, só resta aplicar de forma sagaz aquilo que o presente estudo luta para buscar, isto é, apresentar um novo olhar e principalmente, dar palco a esse assunto que muitas vezes divide opiniões.

Toda a teoria até o momento trouxe uma figura imediatista do médico, aquele que precisa estar de prontidão nas calamidades que lhe competem, entretanto, sua cultura merece ser entendida com afinco.

Por outro lado, é preciso examinar os encargos que o profissional da medicina sofre, isto é, o dever moral e legal que este tem de não causar danos a outrem (*neminem laedere*), pois querendo ou não, toda a sociedade fica sob a custódia dos cuidados dele quando a saúde é atingida por uma doença ou pela ocorrência de um perigo.

Para que haja responsabilidade médica precisam estar comprovados o nexo causal, a conduta médica, o dano e a culpa, pois deve comprovar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia, caracterizando a responsabilidade subjetiva.

O que resta é confiar no trabalho, capacidade e cautela do médico. Todavia, é uma relação que precisa ser enxergada pelos olhos da proporcionalidade, portanto, nesta acepção deve-se tomar cuidado para que não haja juízo de valor, a ponto de consagrar a injustiça.

## REFERÊNCIAS

- BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**: Novo Testamento. Tradução e Revisão de Almeida Corrigida Fiel. 2023. Lucas 12:48. Disponível em: <<https://www.biblionline.com.br/acf/lc/12>>. Acesso em: 28 de março de 2023 às 14h:38min.
- BORGES, Marcella Patrícia Dezzen. **Erro Médico**: Responsabilidade civil do cirurgião plástico. Monografia. CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA, Anápolis, 2022. 50 f. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/20060/1/Marcella%20Patr%C3%ADcia%20Dezzen%20Borges.pdf>. Acesso em: 14 de setembro de 2023. 16h:54min.
- BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 24 de maio de 2023. 15h:14min.
- BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 15 de março de 2023. 15h:26min.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1779596/RJ**. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. QUANTUM. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO SURPRESA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O Tribunal de origem concluiu ser razoável o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) como indenização por danos morais em razão da morte de filho durante o parto. Entendimento diverso, conforme pretendido, implicaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de novo juízo acerca dos fatos e provas, e não na valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, o que impede o conhecimento do recurso especial quanto ao ponto. Sendo assim, incide no presente caso a Súmula 7 do STJ, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AglInt no REsp n. 1.949.215/AM, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023.). Disponível em: STJ - Jurisprudência do STJ. Acesso em: 25 de julho de 2023. 22h:56min.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno Nos Embargos De Declaração No Agravo Em Recurso Especial n. 1306554/PR**. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. ERRO MÉDICO. PERFURAÇÃO DO URETER DURANTE CIRURGIA DE EXTIRPAÇÃO DO ÚTERO. PRESCRIÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. SÚMULA 83/STJ. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Não se verifica a alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte estadual dirimiu, fundamentadamente, os pontos essenciais ao deslinde da controvérsia. 2. O

entendimento do STJ é de que não há preclusão temporal em relação a questões de ordem pública, mas pode ocorrer preclusão consumativa. Dessa forma, não é cabível decidir novamente o que já foi decidido, mesmo se tratando de matérias de ordem pública, como a prescrição. Nesse contexto, tem-se que a controvérsia foi decidida em conformidade com a jurisprudência desta Corte de Justiça. Incidência da Súmula 83 do STJ. 3. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado, concluiu pela existência de erro médico na conduta do ora agravante e de nexo de causalidade entre os procedimentos realizados e o dano sofrido pela ora recorrida. 4. No caso, a modificação de tais entendimentos lançados no v. acórdão recorrido, como ora postulada, demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (Aglnt nos EDcl no AREsp n. 1.306.554/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 22/5/2023.). Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 15 de agosto de 2023. 16h:32min.

BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. 10ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação. Erro Médico.** Complicações pós cirurgia de angioplastia coronariana com implante de “stent”. Ação indenizatória julgada improcedente Irresignação da autora. Descabimento. Ônus da prova (artigo 373, I do CPC). Ausência de comprovação pela recorrente do fato constitutivo de seu direito. Prova pericial que apontou a inocorrência de erro nos atendimentos realizados segundo as boas normas de conduta e ética médica. Sentença mantida Recurso desprovido. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=17040476&cdForo=0>>. Acesso em: 04 de setembro de 2023. 09h:22min.

CASTRO, Hugo Ricardo Valim. **A Defesa técnica do profissional acusado de erro médico.** 2023. Disponível em: Araujo e Castro - A Defesa técnica do profissional acusado de erro médico. (acperitos.com.br). Acesso em: 21 de maio de 2023. 14h:25min.

ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. **Josef Mengele.** 2023. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/josef-mengele>. Acesso em: 11 de abril de 2023. 14h:45min.

HAYNE, Henry. **O Pensador.** Ano: 2023 - Disponível em: <[https://www.pensador.com/autor/henry\\_haynes/](https://www.pensador.com/autor/henry_haynes/)>. Acesso em: 01 de agosto de 2023. 10h:23min.

IG ÚLTIMO SEGUNDO: **ONLINE. Mulher que perdeu braço em cirurgia diz que não foi avisada de riscos.** Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2023-04-25/passista-braco-amputado-cirurgia-nao-foi-avisada-riscos.html>. Acesso em: 22 de maio 2023. 11h:31min.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico – 8.** Ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LENIS. Lúcio. **A Onça e a Justiça.** Ano: 2013 – Disponível em: < A ONÇA E A

JUSTIÇA - Recontando Contos Populares (recantodasletras.com.br)>. Acesso em: 04 de setembro de 2023. 13h:56min.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil – 12.** Ed. Rev., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil - 5. Ed.** - São Paulo: Atlas, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil – 6.** Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Responsabilidade civil de profissionais liberais – 2.** Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. *et al.* **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil – 2.** Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

UOL NOTÍCIAS: *ON LINE*. **Idosa vai operar tornozelo e sai com a perna amputada de hospital em Maceió.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/carlos-madeiro/2023/04/22/idosa-vai-operar-tornozelo-e-sai-com-perna-amputada-de-hospital-em-maceio.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023. 15h:05min.