

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

ROGER HEISLER

O ERRO MÉDICO NA REALIDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA NUM
CONTEXTO SÓCIO-JURÍDICO-POLÍTICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO
PROFISSIONAL MÉDICO

PORTO ALEGRE – RS

Janeiro de 2018

ROGER HEISLER

O ERRO MÉDICO NA REALIDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA NUM
CONTEXTO SÓCIO-JURÍDICO-POLÍTICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO
PROFISSIONAL MÉDICO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul –
UFRGS como requisito parcial para obtenção título
de Bacharel em Direito pelo Curso de Ciências
Jurídicas e Sociais - Noturno

Orientadora: Prof.(a). Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz.

PORTO ALEGRE – RS

Janeiro de 2018

FORMAÇÃO ACADÊMICO-PROFISSIONAL DO AUTOR:

ROGER HEISLER

MÉDICO formado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em 2011/1; CRM/RS 35341.

ADMINISTRADOR EM SISTEMAS E SERVIÇOS DE SAÚDE formando pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS), em janeiro de 2013.

CIRURGIÃO GERAL formado pelo Hospital Municipal de Pronto Socorro de Porto Alegre/RS (HPS-POA/RS), em 2015; RQE: 28018.

RESIDENTE DE CIRURGIA PLÁSTICA no Hospital Cristo Redentor (HCR) do Grupo Hospitalar Conceição (GHC), em Porto Alegre/RS, ingresso em janeiro de 2018.

FORMANDO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (DIREITO) - NOTURNO pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), colação de grau em março de 2018.

RESUMO

Este trabalho busca aprofundar o conhecimento da responsabilidade civil do médico dentro do panorama da “indústria do erro médico” em evolução no Brasil. Primeiramente, traça a contextualização da realidade sócio-jurídico-política do erro médico na atual da sociedade brasileira contemporânea para, posteriormente, entrar na discussão da responsabilidade civil médica propriamente dita. Ao fim deste trabalho, após o entendimento de uma série de pré-requisitos teóricos sobre responsabilidade civil com foco na medicina, estaremos, finalmente, aptos a discutir a responsabilidade civil do Cirurgião Plástico, tema mais específico e complexo, tanto no âmbito da cirurgia reconstrutiva (reparadora), como da cirurgia estética (embelezadora).

Palavras-chave: Erro Médico; Responsabilidade Civil Médica; Cirurgia Plástica

ABSTRACT

This work seeks to deepen the knowledge of the doctor 's responsibility within the panorama of the "medical error industry" in evolution in Brazil. Firstly, it traces the contextualisation of the socio-juridical-political reality of medical error in contemporary Brazilian society in order to later enter into the discussion of medical civil liability. At the end of this research, after we understanding a series of theoretical prerequisites on civil responsibility with focus on medicine, we will finally be able to discuss the liability of the Plastic Surgeon, more specific and complex theme, both in the scope of reconstructive surgery (repair), as well as cosmetic surgery (beautifying).

Keywords: Medical Error; Medical Civil Liability; Plastic Surgery

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
I PARTE: APRENDENDO COM O ERRO MÉDICO PROFISSIONAL.....	13
CAPÍTULO 1: O IMPACTO DA INDÚSTRIA DO ERRO MÉDICO.....	13
1.1. A “INDÚSTRIA DO ERRO MÉDICO” NO BRASIL E SEUS REFLEXOS	13
1.2. A “MEDICINA DEFENSIVA” E SUA ONEROSIDADE PARA O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E PARA A SAÚDE SUPLEMENTAR.....	16
1.3. TRANSFORMAÇÕES ADMINISTRATIVAS DENTRO DO PODER JUDICIÁRIO A FIM DE ADAPTAR ESSE PODER AO SIGNIFICATIVO AUMENTO DE DEMANDAS NA ÁREA MÉDICA E DA SAÚDE.....	21
CAPÍTULO 2: A VIABILIDADE DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE MÉDICA...29	
2.1. O SURGIMENTO DO MERCADO DE SEGURO POR ERRO MÉDICO NO BRASIL	29
2.2. A ATIVIDADE MÉDICA COM APOIO DE ATIVIDADE JURÍDICA ESPECIALIZADA EM DIREITO MÉDICO NO BRASIL.....	32
2.3. BREVE PANORAMA DA REALIDADE DA “INDÚSTRIA DO ERRO MÉDICO” NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA) NA ATUALIDADE.....	33
II PARTE: PARA UMA NOVA DISCUSSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DA ÁREA MÉDICA.....	36
CAPÍTULO 1: O ERRO MÉDICO.....	36
1.1. DEFINIÇÃO DE ERRO MÉDICO.....	36
1.2. AS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO POSSÍVEIS POR ERRO MÉDICO.....	37
1.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	39

1.4. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ERRO MÉDICO.....	42
1.5. RESPONSABILIDADE CIVIL: OBRIGAÇÕES DE MEIO X DE RESULTADO.....	51
1.6. RESPONSABILIDADE CIVIL: LEGISLAÇÕES APLICAVÉIS: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) X CÓDICO CIVIL DE 2002 (CC/2002).....	55
1.7. A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO E A SUA APLICAÇÃO NO ERRO MÉDICO.....	60
CAPÍTULO 2: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO.....	64
CONCLUSÃO.....	68
BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

A atividade médica, como a maioria das atividades humanas, é dependente de recursos humanos para que possa ser efetivada. Quem possibilita essa efetivação são os profissionais médicos. Estes profissionais, por possibilitarem através da sua ciência a cura e/ou a amenização do sofrimento alheio no combate a inúmeras patologias, criam, muitas vezes de forma fantasiosa na mente de seus pacientes, a irreal situação que o médico não poderia adoecer, tendo em vista que não seria lógico a quem detém o conhecimento do combate às doenças padecer delas próprias: “(...) Quantos pacientes falam: Mas médico também fica doente? (...)”¹, e, ao mesmo tempo, também não seria admitido ao médico a possibilidade de errar, quando da atuação do tratamento de um paciente, pois como o médico lida com o “salvar vidas”, no momento em que ele comete um erro, tal erro pode representar a perda de uma vida. Assim, muitos outros profissionais teriam o suposto direito de errar, mas quando se fala do médico, tal ideia de tolerância ao erro não poderia ser aplicada. Compreende-se que a responsabilidade do médico pode ser entendida, em alguns momentos, como maior quando comparada a de alguns outros profissionais pelo fato do médico trabalhar de forma direta com a manutenção da vida e que um erro seu pode representar o fim dessa vida, mas negar a condição humana do médico e não se admitir que ele também está exposto ao erro, como qualquer outro ser humano, é negar a realidade da espécie. Assim, partindo do entendimento de que sendo o médico um ser humano e que seres humanos erram, este trabalho busca justamente aprofundar seu estudo no erro médico, só que sob o olhar, principalmente, das suas consequências jurídicas na sociedade brasileira contemporânea, não esquecendo também das suas repercussões sociais e, às vezes, inclusive políticas.

No final do século XIX e início do século XX, pelo menos no Brasil, a figura do médico era justamente daquele profissional muito próximo das famílias, sendo considerado por essas quase que um membro. Geralmente, para as moléstias que aconteciam no contexto familiar, era chamado sempre o mesmo médico que era considerado o “médico da família”. Este, na maioria das vezes, conhecia de forma pessoal todos os membros da família e sabia das peculiaridades de cada um e de suas respectivas patologias. Assim, havia uma medicina personalizada na qual o profissional era muito próximo do ponto de vista subjetivo e afetivo do seu paciente. É de salientar que as famílias que tinham condições de ter um médico

1 GROSSEMAN, Suely; PATRÍCIO, Zuleica Maria: **A Relação Médico-Paciente e o Cuidado Humano: Subsídios para Promoção da Educação Médica**. REVISTA BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO MÉDICA. Rio de Janeiro, v. 28, nº 2, maio/ago. 2004, página 101. Disponível em: <<http://doczz.com.br/doc/606916/a-rela%C3%A7%C3%A3o-m%C3%A9dico-paciente-e-o-cuidado-humano>>. Acessado em 02/01/2018.

particular eram aquelas mais abastadas financeiramente. Esta também era uma realidade mais interiorana, considerando que o Brasil era um país mais agrário com foco nas grandes propriedades rurais do interior do país. Entretanto, com passar dos anos, com o maior desenvolvimento das cidades brasileiras, principalmente das capitais, com o desenvolvimento da indústria brasileira com grande impulso durante governos dos presidentes Getúlio Vargas e de Juscelino Kubistchek, na metade do século passado, esses profissionais médicos acabam deslocando-se em massa para os grandes centros urbanos, pois esses centros proporcionavam maiores possibilidades de crescimento profissional e continuidade nas suas respectivas formações acadêmicas²: cursos de especialização (entre esses, a residência médica), cursos de mestrado e de doutorado. Assim, o contexto daquele médico da família tradicional brasileira começou a mudar. Desta forma, os médicos, ao invés de atenderem diretamente na casa daquelas famílias, começaram a atender mais nos seus próprios consultórios e nos hospitais das cidades. Estes hospitais, que inicialmente possuíam um porte estrutural menor, acabam sendo ampliados e muitos, finalmente, transformados em grandes complexos hospitalares (podemos utilizar a Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre/RS como exemplo de instituição que sofreu tal processo de ampliação ao longo dos anos, hoje, ela é constituída por um complexo hospitalar de alta complexidade, mas que, quando da sua fundação, no ano de 1803, tinha apenas uma singela estrutura física, se comparada com os dias atuais³). Com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), institui-se o Sistema Único de Saúde (SUS): um sistema universal de saúde. A partir deste sistema, todos os brasileiros, inclusive estrangeiros, teriam direito a atendimento integral à sua saúde, podendo conseguir uma avaliação com um médico à custa do Estado, que teria obrigação de fornecer atendimento em saúde, conforme previsão do Art. 196 da CF/88:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁴.

Desta forma, o paciente passou a ser um desconhecido para o médico que iria atendê-lo e da mesma forma o médico muitas vezes também seria um desconhecido para o paciente, não podendo este último escolher seu profissional quando o atendimento ocorresse no âmbito do

2 BEDIN, Valcinir: “Perfil do Médico Brasileiro, sua formação e distribuição no território nacional. Um problema insolúvel.”. Disponível em: <<http://fapss.br/producao-cientifica/artigos-saude/perfil-do-medico-brasileiro.php>>. Acessado em 31/12/2017.

3 Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre. Histórico. Disponível em:

<<https://www.santacasa.org.br/pt/institucional/historico>>. Acessado em 02/01/2018.

4 BRASIL. Constituição Federal – Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 05/06/2017.

SUS. Logo, com a despersonalização da relação médico-paciente, considerando este novo panorama do SUS, o vínculo médico-paciente tornou-se muito mais precário. Por conta de tal precarização, quando ocorre o erro médico, o impulso do paciente em responsabilizar judicialmente o médico é muito maior. Não que não ocorressem erros médicos quando da época do médico de família, mas pelo fato da relação médico-paciente ser muito mais forte tal recurso por parte do paciente acabava sendo reprimido tendo em vista que esse mesmo paciente também considerava que o seu médico de família poderia vir a ser necessário em algum momento futuro e, quem sabe até, numa situação de emergência médica. Assim, pensava-se várias vezes antes de responsabilizar a figura do médico de família; sem falar numa maior relação afetiva entre médico e paciente. Já na realidade do SUS, por ser o médico uma figura profissional geralmente despersonalizada, simplesmente um plantonista qualquer que se dedique ao seu atendimento, o paciente não tem mais a preocupação de que possa sofrer alguma represália futura por parte do médico no seu atendimento de saúde, caso venha a demandar contra ele no Poder Judiciário por um eventual erro médico, visto que, provavelmente, será atendimento por outro médico nesse mesmo SUS, devido à alta rotatividade de profissionais e à despersonalização da relação médico-paciente que ocorrem nesse sistema. Assim, criou-se um ambiente mais propício para demandar o médico no Poder Judiciário:

Crescimento das ações judiciais e reclamações éticas contra médicos

(...)

O aumento dessas ações decorre, geralmente, de série de fatores, dos quais se destacam: paciente, atualmente, mais informado, exigente e menos tolerante; mais acesso à justiça; queda de qualidade do serviço médico provocada por falta de estrutura e grande quantidade de pacientes por médico, em determinados serviços; necessidade do paciente de “encontrar” um culpado, seja pela existência de seu problema de saúde ou por insucesso do tratamento, não considerando que a obrigação do médico é de meio, não de resultado; “indústria” da indenização⁵.

Deve-se considerar também que, com o passar do tempo, a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário a fim de se dirimir conflitos acabou sendo facilitada com o aumento do número de Varas, o que fez o Judiciário ter maior capacidade de conduzir um maior volume de demandas. Além disso, o aumento de profissionais advogados atuantes no mercado também possibilitou tal realidade.

5 BIANCHI, Fernando. **Crescimento das ações judiciais e reclamações éticas contra médicos**. Publicado em 21/10/2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/crescimento-das-acoes-judiciais-e-reclamacoes-eticas-contra-medicos/>>. Acessado em: 02/01/2018.

Logo, o que está se percebendo nos últimos anos, é uma verdadeira **judicialização do erro médico (da medicina) e da saúde**: a judicialização da medicina está inserida na judicialização da saúde que possui um contexto mais global, envolvendo também, por exemplo, demandas em fornecimento de medicamentos por parte do Estado, entre outras. Não sustenta-se que o médico não deva ser demandado no Poder Judiciário e, conseqüentemente, responsabilizado quando, de fato, é o verdadeiro indutor de um dano ao seu paciente por um erro médico seu; porém, o que afirma-se é que, infelizmente, criou-se, mais recentemente, uma verdadeira **“indústria do erro médico”**. O próprio **Superior Tribunal de Justiça (STJ)** afirmou recentemente que do período de 2002 até 2012, as demandas envolvendo erro médico aumentaram em **1600%**, o que demonstra um aumento vertiginoso de processos, refletindo a realidade dessa “indústria”. O próprio STJ afirma também que **só no ano de 2016** foram julgadas **805 ações indenizatórias** envolvendo erro médico.⁶ Pacientes, por vezes, estimulados por seus advogados, objetivando um enriquecimento sem causa, demandam contra seus médicos em processos infundados apenas visando à possibilidade de um ganho secundário em cima do profissional, uma vez que a figura do médico é associada por muitos como um indivíduo bem consolidado do ponto de vista patrimonial. Não é à toa que em seu livro *“Culpa médica e o ônus da prova”*, Miguel Kfoury Neto, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), afirma que **80% (oitenta por cento) das ações contra médicos são julgadas improcedentes**⁷, representando justamente essa grande quantidade de demandas que são ajuizadas com objetivos escusos, como o do enriquecimento sem causa. Evidentemente que tal realidade não é algo exclusivo do Brasil, mas é considerada um fenômeno mundial. Como afirma Renato de Assis Pinheiro em seu artigo *“A judicialização da medicina”*, hoje o Brasil possui 7% dos seus médicos processados, já os Estados Unidos da América (EUA) possuem 9% dos seus médicos processados, assim é de se perceber que estamos caminhando para uma realidade quase norte-americana e, quem sabe, inclusive possamos superá-los nos próximos anos se a quantidade de demandas por erro médico continuar a crescer em ritmo acelerado⁸.

6 Programa STJ Cidadão, Publicado em 17 de março de 2017 (Fonte dos dados estatísticos: ANADEM/STJ – Superior Tribunal de Justiça): Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=km-D1n-xIOM>>. Acessado em 06/09/2017.

7 COUTO FILHO, Antônio Ferreira: **Indústria do Dando: Mais de 70% de ações contra médicos são improcedentes**, Revista Consultor Jurídico, 2004. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2004-nov29/70-acoes-medicos-sao-improcedentes>>, acessado em 17/09/2017.

8 PINHEIRO, Renato de Assis: **A judicialização da medicina**. Artigo elaborado em dezembro de 2016 e publicado em maio de 2017. Disponível: <<https://jus.com.br/artigos/57500/a-judicializacao-da-medicina>>. Acessado em 05/09/2017.

É considerando esse novo contexto do aumento gigantesco de demandas judiciais na área da saúde, no qual o tema do erro médico está incluído, que motivou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a editar uma série de Atos Administrativos, entre esses Portarias, Resoluções e Recomendações, a fim de buscar uma maior adaptação e preparação do Poder Judiciário como um todo, para que ele possa enfrentar essa nova realidade da judicialização da saúde de forma mais exitosa. Essa adaptação administrativa que o Poder Judiciário está sofrendo será analisada em capítulo específico.

Assim, introduziu-se o tema do erro médico, inicialmente traçando-se um panorama com as transformações estruturais que a medicina brasileira sofreu na contemporaneidade. Mencionou-se o fenômeno da judicialização da medicina e da saúde, essa última num âmbito mais global. Nos capítulos que seguem exploraremos temas mais específicos sobre o erro médico em si, estando a segunda parte desta monografia mais ligada aos aspectos técnicos e jurídicos da responsabilidade civil do médico, quando do seu erro profissional.

I PARTE: APREENDENDO COM O ERRO MÉDICO PROFISSIONAL

CAPÍTULO 1: O IMPACTO DA INDÚSTRIA DO ERRO MÉDICO

1.1. A “INDÚSTRIA DO ERRO MÉDICO” NO BRASIL E SEUS REFLEXOS

A “Indústria do Erro Médico” vem consolidando-se fortemente no Brasil nas últimas décadas. Segundo Josef:

O médico dos dias atuais exerce a profissão amedrontado, ameaçado pela vigília da imprensa sensacionalista e pela moda dos processos judiciais, que contribuem para a institucionalização do erro e fomentam a indústria indenizatória⁹.

Amanda Bernardes, advogada especializada em Direito Médico, define do seguinte modo a indústria do erro médico no Brasil:

O médico e a indústria do dano: “‘indústria do dano', que nada mais é que a busca incessante e muitas vezes desnecessária de prestação jurisdicional por indivíduos que alegam danos hipotéticos com pedido de indenizações infundadas e inconsequentes, em busca de dinheiro fácil.¹⁰

Coltri, no seu artigo “*O médico e o custo para provar a sua inocência*”, traz uma realidade bastante preocupante no que tange a perversa realidade da indústria do erro médico nos dias atuais, no Brasil:

Contudo, em que pese o grande número de demandas contra médicos, as estatísticas apontam para um número relativamente baixo de condenações. Aproximadamente 75% dessas demandas são julgadas improcedentes. Ou seja, a cada 4 médicos, 3 deles são processados injustamente. Porém, na prática o resultado favorável da demanda não significa exatamente um ganho para o profissional. Pelo simples fato de ser processado, o profissional, na maioria das vezes, tem de desembolsar quantia próxima a 25 mil reais, incluindo honorários advocatícios, custas e despesas processuais em geral, honorários de perito e do assistente técnico, etc. Além disso, muitas vezes as despesas decorrentes do processo se tornam mais gravosas para o médico em razão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor que, dentre outras coisas, permite que o paciente mova a ação no local da sua residência e não onde ocorreu o atendimento médico. Assim, por exemplo, um paciente

9 Josef H. Erro Médico: pré-conceito? *apud* CARVALHO, Bruno Ramalho de, et al.: **Erro Médico**: implicações éticas, jurídicas e perante o Código de Defesa do Consumidor. In: Revista Ciências Médicas. Campinas/SP, 15(6): 539-545, nov./dez., 2006.

10 BERNARDES, Amanda. **O médico e a indústria do dano**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36673/o-medico-e-a-industria-do-dano>>. Acessado em: 21/09/2017.

atendido por um médico em São Paulo/SP, pode mover ação contra o profissional em Santa Rosa do Purus/AC, uma vez que sua residência é nesta cidade. Como agravante, o profissional que consegue provar sua “inocência” acaba por não reaver a quantia gasta com o processo. Isso porque, na esmagadora maioria das ações, os pacientes (autores) são protegidos pelos benefícios da justiça gratuita. Como são considerados pobres pela lei, não estão obrigados a arcar com o ônus do processo, nem mesmo com os honorários de sucumbência devido ao advogado da parte “vencedora” da ação. Desse modo, na prática, 3 em cada 4 médicos processados pagam para provar a sua inocência, sem poder reaver a quantia gasta nos processos¹¹.

Como evidenciado no trecho acima pelo autor, de cada 4 médicos, 3 são declarados inocentes, o que sugere que a maioria das demandas sejam inconsistentes. Porém, como dito, a maioria dos autores das demandas são beneficiários da justiça gratuita, assim, mesmo o médico conseguindo demonstrar sua inocência, não consegue reaver o elevado ônus empregado em sua defesa, isso sem mencionar o desgaste psicológico que o processo causou-lhe. Pode-se considerar que não é apenas o profissional a única vítima que sofre com essa banalização da “indústria do erro médico”, também a sociedade brasileira como um todo também é vítima dessa “indústria”, pois ela acaba por ver seus tribunais recebendo uma verdadeira “enxurrada” de demandas, na maioria das vezes infundadas, o que acaba abarrotando o Poder Judiciário de processos inconsistentes, colaborando para que haja mais morosidade em um sistema já tão sobrecarregado, como é o caso da Justiça brasileira. Se formos analisar dados do CNJ considerando a judicialização da saúde de uma forma mais global, em que a judicialização da medicina está incluída, no ano de 2011, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) concentrava quase metade de todas as demandas do país: 113.953 ações judiciais sobre saúde; em segundo lugar, São Paulo (TJSP), com 44.690 ações; o Rio de Janeiro (TJRJ), com 25.234 ações em tramitação; Justiça do Ceará (TJCE), com 8.344 ações; Minas Gerais (TJMG), com 7.915 ações; e o Tribunal Regional Federal da 4ª, região (TRF 4), que compreende os estados de Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina, tramitavam 8.152 ações naquele ano; já no Brasil todo haviam cerca de 240.980 processos judiciais na área de saúde, em 2011¹². Note-se que no ano de 2011, o Estado do Rio Grande do Sul figurou como o recordista em ações de saúde judicializadas (113.953 ações judiciais). Em 2015, o TJRS, através do trabalho realizado pelo Comitê Estadual da Saúde coordenado pelo tribunal, conseguiu reduzir as demandas sobre assistência à saúde para

11 COLTRI, Marcos Vinícius. **O médico e o custo para provar sua inocência**. Disponível em: <<http://www.ducatri.com.br/diferencial/rcp.pdf>>. Acesso em: 21/09/2017.

12 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (26/04/2011). Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acessado em 21/09/2017.

aproximadamente 82 mil processos no Estado¹³. Se formos analisar exclusivamente recursos em tribunais especificamente por erro médico, o Estado do Rio de Janeiro foi campeão com 25,69% dos recursos totais; sendo seguido pelo Estado de São Paulo com 19,27% e, em terceiro lugar, o Estado do Rio Grande do Sul com 15,92%, conforme o STJ e o livro “*O pensamento jurisprudencial brasileiro no terceiro milênio sobre erro médico*” (2016), de Raul Canal, advogado e presidente da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (ANADEM)^{14,15}.

Essa mesma Revista Plástica Paulista (2017), citando ainda o STJ e Raul Canal, refere que dos autores das ações sobre erro médico, 61,72% são mulheres e 38,27% são homens; já sobre os médicos processados, 93,5% são homens e 6,5% mulheres; que mais de 70% dos médicos processados se encontram na quinta década de vida e na terceira década de atividade profissional. Das 5 especialidades mais processadas no país, em 1º lugar está a Ginecologia/Obstetrícia, com 42,60% dos totais de processos; em 2º lugar a Ortopedia/Traumatologia, com 15,95%; em 3º lugar a Cirurgia Plástica, com 7%; em 4º lugar a Cirurgia Geral, com 7%; e em 5º lugar a Clínica Médica, com 6%¹⁶. Em uma Raul Canal menciona que:

Hoje, 7% dos médicos brasileiros respondem a processo. No Mato Grosso, o índice sobe para 8,5% e, no Rio Grande do Sul, chega a 13,72%. No caso específico da cirurgia plástica, num levantamento realizado pela ANADEM¹⁷ no ano passado e publicado pela SBCP¹⁸, constatou-se que 26% dos cirurgiões plásticos respondem a processo. Me refiro apenas às demandas indenizatórias. Há ainda os processos criminais e ético-profissionais que não

13 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (23/04/2015). Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-aco-es-com-demandas-de-saude>>. Acessado em 21/09/2017.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ); Canal, Raul: “*O pensamento jurisprudencial brasileiro no terceiro milênio sobre erro médico*”, Editora CEAT, 2016 *apud* Revista Plástica Paulista nº 62, ano 16, de Janeiro/Fevereiro/Março de 2017, p.12.

15 “**Ranking dos Estados:** Rio de Janeiro é o campeão em recursos sobre erro médico. Rio de Janeiro: 25,69%; São Paulo: 19,27%; Rio Grande do Sul: 15,92%; Paraná: 6,70%; Minas Gerais: 6,14%; Santa Catarina: 5,30%; Distrito Federal: 3,91%; Rio Grande do Norte: 2,23%; Pernambuco: 1,39%; Espírito Santo: 1,39%; Bahia: 1,39%; Mato Grosso: 1,12%; Roraima: 0,83%; Rondônia: 0,83%; Piauí: 0,83%; Paraíba: 0,83%; Mato Grosso do Sul: 0,83%; Ceará: 0,83%; Tocantins: 0,56%; Sergipe: 0,56%; Pará: 0,56%; Goiás: 0,56%; Acre: 0,56%; Maranhão: 0,27%; Amazonas: 0,27%; Alagoas: 0,27%; Amapá: 0%. *A maior condenação por erro médico da história ocorreu no Maranhão e atingiu o valor de mais de R\$ 1,2 milhão. Ela também é a única registrada naquele estado. Fonte: STJ e O PENSAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO NO TERCEIRO MILÊNIO SOBRE ERRO MÉDICO.”. (STJ e Raul Canal, 2016, *apud* Revista Plástica Paulista nº 62, ano 16, de Janeiro/Fevereiro/Março de 2017, p.12.).

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ); CANAL, Raul: **O pensamento jurisprudencial brasileiro no terceiro milênio sobre erro médico**, Editora CEAT, 2016 *apud* Revista Plástica Paulista nº 62, ano 16, de Janeiro/Fevereiro/Março de 2017, p.12.

17 ANADEM: (Atual) Sociedade Brasileira de Direito Médico e Biótica; (Antiga) Associação Nacional de Advogados Defensores de Médicos (ANADEM).

18 SBCP: Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica.

constam dessa estatística. E o aspecto pior é que esses números não se estabilizaram, mas vem numa curva ascendente, crescendo ao longo dos anos¹⁹.

Assim, o Rio Grande do Sul destaca-se por ser o Estado com mais médicos processados proporcionalmente em relação aos médicos atuantes no Estado, cerca de 13,72% dos médicos. Portanto, a “indústria do erro médico” no Brasil é uma realidade. É importante que se busquem políticas e meios a fim de que esta possa ser desestimulada, num futuro próximo, em benefício da própria sociedade que é obrigada a conviver com uma Justiça morosa devido à sobrecarga do sistema; dos profissionais que são processados injustamente; e do próprio Poder Judiciário que se vê sobrecarregado por essas demandas, sendo obrigado a julgá-las, mesmo que sejam totalmente inconsistentes.

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

Como mencionado no item anterior, considerando o contexto da judicialização da medicina, muitos profissionais já atuam na profissão amedrontados com o fantasma do processo quase que diariamente. A fim de se protegerem em uma eventual futura demanda, atuam realizando a chamada “medicina defensiva”. Evidentemente que é importante que o médico atue com responsabilidade com seu paciente, utilizando de todos os meios possíveis para realizar um bom diagnóstico e um tratamento eficaz. Entretanto, tal zelo acaba sendo extrapolado em certos momentos, acarretando na chamada “medicina defensiva”. Geralmente ela ocorre a partir da solicitação de exames em demasia por parte do médico, para justamente deixar bem documentado seu diagnóstico ou suspeita clínica, para gerar provas futuras a seu favor em eventual futura demanda. Isso pode parecer positivo num primeiro momento, uma vez que promoveria investigação aprofundada das patologias dos doentes, mas de fato não é. Robert Rubim elabora um possível conceito para a “Medicina Defensiva”:

A Medicina Defensiva é constituída de elementos da prática médica que não produzem benefícios para os pacientes, é uma desculpa dos médicos e instituições médicas para evitar reclamações de má-prática.²⁰

Imaginemos um caso hipotético de um paciente com uma suspeita de apendicite aguda num hospital público, por exemplo. O cirurgião é chamado para avaliar um paciente jovem do

19 CANAL, Raul. In: Revista Plástica Paulista nº 62, ano 16, de Janeiro/Fevereiro/Março de 2017, p.16.

20 Robert Rubim *apud* GOMES, Júlio César Meirelles et alii. **Erro Médico**. 2ª Ed., Editora: Unimontes, ano: 2000, p. 184.

sexo masculino com uma dor na região da fossa ilíaca direita do abdome há 3 dias e inapetência²¹. Ao exame físico do paciente, o cirurgião identifica o famoso sinal de Blumberg²² positivo, compatível com apendicite aguda. Apenas pelo exame físico do paciente já seria possível o diagnóstico de apendicite aguda considerando que essa patologia, conforme a literatura médica internacional, possui um diagnóstico clínico (através da anamnese²³ e do exame físico). Porém, o cirurgião, mesmo já tendo fortes indícios de apendicite aguda e tendo um diagnóstico clínico acabado, podendo, inclusive, já indicar a cirurgia (apendicectomia) como forma de tratamento definitivo, prefere não o fazer de imediato e, sim, solicitar uma tomografia (TC²⁴) com contraste intravenoso de abdome a fim de se certificar de que, realmente, se trata de uma apendicite e o faz, na maioria das vezes, para “gerar” uma prova documental de sua suspeita e/ou do seu diagnóstico clínico, exclusivamente com intuito de proteger-se do ponto de vista legal, para um futuro incerto de possíveis defesas judiciais. Pois imagine a situação, do médico cirurgião indicar a cirurgia sem realizar a tomografia abdominal confirmatória, baseando-se o seu diagnóstico apenas pelo exame físico do paciente (em vista que o diagnóstico seria clínico, como orienta a literatura médica); em seguida, realiza a abertura de cavidade abdominal do paciente, no bloco cirúrgico, e, após a abertura da cavidade, percebe, durante o ato cirúrgico, que, na verdade, a dor na fossa ilíaca não era o apêndice, como imaginava, e, sim por outra patologia, com tratamento diferente do cirúrgico. Na sequência, no pós-operatório, durante a notícia à família do paciente operado, o cirurgião, de forma sincera e honesta, explica que, na verdade, a cirurgia indicada por ele mesmo não era adequada, pois o apêndice foi identificado como “normal” durante o ato cirúrgico. Imediatamente após tal comentário junto à família, a fim de ser transparente e ético, acaba por gerar, nos membros dessa família, desconfiança e questionamentos sobre uma possível má prática profissional em relação à indicação cirúrgica, abrindo a possibilidade para que, num segundo momento, esse paciente venha a demandar judicialmente contra o cirurgião por um suposto erro. No entanto, pelo contrário, se o médico cirurgião tivesse solicitado a tomografia e, no laudo estivesse presente o diagnóstico de apendicite aguda pelo médico radiologista, mesmo que o apêndice viesse a estar eventualmente “normal” durante o ato cirúrgico, ele poderia justificar a sua indicação cirúrgica com base no laudo como prova documental para proteger-se. É importante lembrar que o exame de tomografia produz radiação nociva ao

21 Inapetência: falta de apetite.

22 Sinal de Blumberg: dor na fossa ilíaca do abdome à descompressão brusca, sinalizando, quando positivo, possível quadro de apendicite aguda, devido à irritação do peritônio nesta área.

23 Termo que se refere à entrevista médica do paciente durante a consulta ou sua avaliação.

24 TC: Tomografia Computatorizada.

paciente. Logo, a tomografia deveria ser indicada apenas quando realmente necessária. Porém, o médico muitas vezes, mesmo não tendo dúvidas diagnósticas após o exame físico que, conforme a literatura médica, já poderia ser suficiente, acaba por solicitar a tomografia quase que de forma protocolar na atualidade, devido à voga atual de processar o médico por qualquer circunstância. Assim, nesse exemplo, a tomografia, que era dispensável ao diagnóstico, de certo modo acarretou num prejuízo à saúde do paciente, que acabou sendo irradiado com radiação ionizante desnecessária para o diagnóstico de apendicite aguda, que já seria possível apenas pelo exame físico, servindo apenas como prova documental para o médico e para o hospital protegerem-se em eventuais demandas judiciais futuras. Além disso, tal exame impactou em aumento de custos financeiros, no caso, desnecessários para o Sistema Único de Saúde (SUS) já tão deficitário de recursos do ponto de vista econômico. Certamente, se não existisse essa “indústria” do processo do erro médico, o mero diagnóstico pelo exame físico (diagnóstico clínico), assim como orienta a literatura médica, já seria suficiente para o cirurgião indicar a cirurgia de apendicectomia ao paciente sem qualquer hesitação, não acarretando em custos desnecessários de exames ao SUS, nem na irradiação do paciente por um exame dispensável. Vejamos o que diz a obra *“Rotinas em Cirurgia Digestiva”* (3ª Edição, 2018, página 893) do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA), hospital vinculado a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), obra essa que norteia e é referência para conduta de muitos cirurgiões brasileiros: “(...) *O diagnóstico de apendicite aguda baseia-se em história e exame físico completos*”²⁵. Nota-se que em nenhum momento essa obra cita que o diagnóstico de apendicite aguda baseia-se em exames complementares como é o caso da tomografia abdominal (TC de abdome). O diagnóstico nesse caso seria baseado apenas em história e exame físico completo, sendo que os exames complementares são tidos apenas como exames meramente auxiliares, no caso específico da apendicite aguda. É de salientar que em certas situações o exame de tomografia é realmente necessário para se afastar eventual dúvida diagnóstica, quando em casos mais complexos. Este exemplo tentou ilustrar uma situação corriqueira de “medicina defensiva”, que ocorre quase de forma protocolar, diariamente, na imensa maioria dos hospitais públicos brasileiros que atendem pelo SUS e que possuem salas cirúrgicas e tomógrafos disponíveis em sua estrutura interna. Júlio César Meirelles Gomes, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso de França trazem algumas ponderações importantes sobre a “medicina defensiva”:

25 ROHDE, Luiz; OSVALDT, Alessandro Bersch. **Rotinas em cirurgia digestiva**. 3.ed. - Porto Alegre: Artmed, 2018, página 893.

A medicina defensiva pode nos levar a presumir, em sua motivação remota, outros interesses que incitam o médico a solicitar mais exames do que o mínimo necessário ou 'consumir' equipamentos e técnicas com o propósito de cercar-se de todas as garantias contra possíveis insatisfações ou desacertos ocasionais de diagnósticos e tratamento; quer dizer, o relativo exagero na propedêutica, armada e desarmada, seria, a rigor, uma forma de 'defender' o médico, protegê-lo de possíveis ações ou reclamações do usuário. Em suma, apesar dessa aparente vantagem de proteção, poderia o médico sentir-se constrangido no sagrado direito da racionalidade no diagnóstico clínico, onde o laboratório e a técnica são usados para confirmar uma hipótese diagnóstica que deve emergir do exame clínico, de uma anamnese bem dirigida, dos quais resulta, afinal, o projeto de exame suplementar que confirma e quantifica a suspeita clínica.²⁶

O Ministro de Saúde, Ricardo Barros, em notícia recente veiculada na imprensa nacional, em 2017, afirmou que os médicos brasileiros estavam solicitando exames em demasia e de forma desnecessária. Porém, é quase lógico que isso venha a ocorrer de forma reflexa à grande judicialização da medicina no Brasil (podemos exemplificar essa conduta dos médicos brasileiros em solicitar exames em demasia utilizando-se do caso hipotético citado anteriormente, quando da solicitação, quase rotineira, da tomografia abdominal, para se firmar o diagnóstico da apendicite aguda, sendo que o diagnóstico da apendicite aguda, como demonstrado pela literatura médica já citada - *“Rotinas em Cirurgia Digestiva”* do HCPA -, é meramente clínico: história e exame físico completos apenas; porém, ainda assim, a tomografia é excessivamente solicitada pelos profissionais. Logicamente, o caso da apendicite aguda é um mero exemplo e a grande tendência é que esse comportamento médico também ocorra para o acompanhamento e diagnóstico de inúmeras doenças existentes). Logo, o que deve ser combatido, na verdade, é o problema originário, no caso, a judicialização desenfreada da medicina. Diminuindo essa judicialização certamente ocorrerá a diminuição da solicitação de exames desnecessários pelo SUS, resultando em economia. O médico do SUS se vê sozinho e desamparado frente ao fantasma da judicialização da medicina no Brasil, “abandonado” pelo Governo, e, como tentativa de blindar-se, mesmo que de forma não muito efetiva na maioria das vezes, solicita exames desnecessários em certas circunstâncias, apenas para produzir prova documental a seu favor, num claro ato de “medicina defensiva”. A seguir, a passagem que mostra a crítica de Ricardo Barros, Ministro da Saúde, aos médicos brasileiros do Sistema Único de Saúde (SUS).

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

26 GOMES, Júlio César Meirelles et alii. **Erro Médico**. São Paulo: Editora: Unimontes, ano: 2000, pág. 183.

controlados' (...)”²⁷;

O Ministro criticava a solicitação de exames em demasia que vinham com resultados normais, mas, na verdade, o que ele não percebeu era que, provavelmente, os médicos estavam buscando fazer o diagnóstico de exclusão, com a solicitação de diversos exames, que acabavam vindo normais, auxiliando na exclusão de possibilidades de diagnóstico. Certamente, esse seria o motivo da solicitação da maioria desses exames por conta do famoso “*diagnóstico diferencial*”²⁸, essencial à boa prática médica. Ricardo Massucatto, em seu artigo “*Diagnóstico Diferencial para médicos*”, salienta a importância de tal prática:

(...) Assim antes do diagnóstico os diferenciais devem ser minuciosamente analisados e sua exclusão fortalece o raciocínio clínico do médico projetando para um diagnóstico preciso. (...)”²⁹.

Porém, logicamente, não é possível negar que nesse grupo haveria também uma parcela significativa de exames que representariam aqueles solicitados com o objetivo de se realizar a “medicina defensiva” impactando do ponto de vista financeiro o SUS, de forma desnecessária.

Da mesma maneira, os planos de saúde em funcionamento no país (saúde suplementar) também acabam sendo impactados por tal conduta. Como forma de combater tal prática, alguns planos de saúde adotam a política de auditorias internas a fim de liberar ou não a realização de determinados exames, desde que respeitadas as regras impostas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Como consequência, temos o encarecimento, de forma indireta, das mensalidades dos planos de saúde, nas quais o custo de “medicina defensiva” é incorporado, o que faz com que apenas uma pequena parcela da população brasileira tenha condições financeiras de suportar a manutenção de um plano de saúde privado nos dias atuais.

Júlio César Meirelles Gomes, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso de

27 EXAMES com resultado normal são desperdício para o SUS. BOL Notícias, 08/04/2017. Disponível em: <<https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/ciencia/2017/04/08/exames-com-resultado-normal-sao-desperdicio-para-o-sus-diz-ministro-da-saude.htm?cmpid=copiaecola>>. Acessado em 21/09/2017.

28 Definição de diagnóstico diferencial. O termo diagnóstico diferencial apresenta mais de um significado dentro da medicina. Em primeiro lugar, ele pode se referir a um diagnóstico diferente do habitual ou usual, isto é, a determinação de uma doença diversa daquela que normalmente é encontrada mediante certo conjunto de sintomas. Por outro lado, o termo também pode dizer respeito aos diferentes métodos utilizados por um profissional de saúde no estabelecimento de um diagnóstico. Nestes casos, a obtenção de um diagnóstico diferencial designa a realização de exames clínicos e laboratoriais aprofundados que possibilitem a um médico confirmar qual condição está afetando seu paciente e, a partir daí, definir o tratamento mais adequado para ele.”. Disponível em: <<http://saude.ccm.net/faq/908-diagnostico-diferencial-definicao>>. Acessado em 02/01/2018.

29 MASSUCATTO, Ricardo. **Diagnóstico Diferencial para médicos**. Disponível em: <<http://resumos.netsaber.com.br/resumo-73491/diagnostico-diferencial-para-medicos>>. Acessado em 02/01/2018.

França trazem algumas considerações relevantes sobre a nocividade da “medicina defensiva” para a relação médico-paciente:

A medicina defensiva pode ferir mortalmente o âmago da relação médico-paciente na medida em que desvirtua o caráter de parceria natural na promoção da saúde entre médico e paciente. Então, ver o paciente ou considerá-lo, a priori, como inimigo potencial ou reclamante futuro, é lesar por antecipação uma relação singular de afeição e beneficiência gratuito e espontâneo. Isto significa interpor entre as partes um clima de suspeição a priori e incompatível com a relação aberta e fraterna da medicina voltada para o ato solidário mais relevante.³⁰

Nota-se que a “medicina defensiva” é, portanto, algo nocivo para a população em geral, mas ela é reflexo de um comportamento da própria população frente aos médicos (a da realidade da “indústria do processo”), conformando um “ciclo vicioso” negativo para ambas as partes. É possível que a melhor opção seja a adoção de políticas públicas a fim de desestimular tal prática na medicina, contribuindo para a diminuição de exames solicitados, tanto no SUS como na saúde suplementar, diminuindo, dessa forma, a necessidade de tributos para manter o SUS, e, no caso dos planos de saúde, a possibilidade de planos com mensalidades mais amenas para a população brasileira.

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

Como dito anteriormente na parte introdutória, o Poder Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vem promovendo uma série de mudanças administrativas a fim de se preparar para o aumento significativo de demandas judiciais em saúde no país, através da edição de Atos Administrativos. Entre os atos administrativos, destacam-se as **Portarias**, as **Resoluções** e as **Recomendações**. Algumas obras, entre elas o Manual de Padronização de

30 GOMES, Júlio César Meirelles; et alii. **Erro Médico**. São Paulo: Editora: Unimontes, 2000, pág. 184.

Atos Oficiais Administrativos do Conselho Nacional de Justiça (2013)^{31,32,33} e o livro de Meirelles, “*Direito Administrativo Brasileiro*”^{34 35 36} especificam esses atos de forma mais específica (Meirelles é considerado um grande expoente em Direito Administrativo no Brasil).

A partir das definições do CNJ em seu Manual de Padronização de Atos Oficiais Administrativos e em MEIRELLES (especificadas nas notas de rodapé), pode-se entender que uma Portaria editada pelo CNJ seria um ato emanado pelo Presidente, pelo Corregedor Nacional de Justiça, pelo Secretário-Geral ou pelo Diretor-Geral; seria também considerado um ato administrativo interno, não atingindo nem obrigando os particulares, apenas a Administração Pública; teria por objetivo regular assuntos concernentes à administração (admissão, exoneração, delegação de competência, designação, elogio, punição, etc), além de orientar servidores na aplicação de textos legais e de disciplinar matéria não regulada em lei. Ela vincularia de forma obrigatória apenas a Administração Pública e não os particulares.

Da mesma forma, realizando uma compilação das definições trazidas pelo CNJ em seu

31 “**Portaria.** Portaria é o ato emanado pelo Presidente, pelo Corregedor Nacional de Justiça, pelo Secretário-Geral ou pelo Diretor-Geral, destinado a instruir assuntos concernentes à administração (admissão, exoneração, delegação de competência, designação, elogio, punição, etc). A portaria é usada também para orientar servidores na aplicação de textos legais, além de disciplinar matéria não regulada em lei.”. Fonte: Manual de Padronização de Atos Oficiais Administrativos do Conselho Nacional de Justiça, 2013, p. 53. Disponível em: <https://issuu.com/erondecastro/docs/manual_de_padroniza_o_de_atos_of>. Acessado em 18/09/2017.

32 “**Resolução.** É o ato normativo de competência do Plenário, com numeração seguida e ininterrupta, editado com a finalidade de estabelecer normas gerais no âmbito do Poder Judiciário. É dotado de caráter vinculante e geral.”. Manual de Padronização de Atos Oficiais Administrativos do Conselho Nacional de Justiça, 2013, p.61. Disponível em: <https://issuu.com/erondecastro/docs/manual_de_padroniza_o_de_atos_of>. Acessado em 18/09/2017.

33 “**Recomendação.** Ato de competência do Plenário, com numeração seguida e ininterrupta, destinada ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário, bem como à garantia da autonomia, da transparência e da eficiência da gestão;” (Manual de Padronização de Atos Oficiais Administrativos do Conselho Nacional de Justiça, 2013, p.57). Manual de Padronização de Atos Oficiais Administrativos do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2013, p. 61. Disponível em:

<https://issuu.com/erondecastro/docs/manual_de_padroniza_o_de_atos_of>. Acessado em 18/09/2017.

34 “**Portarias** são atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos a portaria tem função assemelhada à da denúncia do processo penal. (...) As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública. Nesse sentido vem decidindo o STF.” Fonte: MEIRELLES, Hely Lopes et alii. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, p.209-210.

35 “**Resoluções** são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção, admitem-se resoluções individuais. As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los. Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta.”. Fonte: MEIRELLES, Hely Lopes et alii. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, p.208.

36 “**As resoluções** são também usadas para os atos administrativos internos das corporações legislativas e tribunais em geral.” MEIRELLES, Hely Lopes et alii. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, p.208.

Manual e por Meirelles³⁷, para Resolução no âmbito no CNJ, poderíamos dizer que Resolução é ato normativo de competência do Plenário do CNJ, com a finalidade de estabelecer normas gerais no âmbito do Poder Judiciário, sendo dotado de caráter vinculante e geral e seus efeitos podem ser internos ou externos. Como dito, as Resoluções podem atingir tanto a Administração Pública quanto particulares, diferentemente da Portaria, que só atinge a Administração Pública. De qualquer forma, ambas denotam obrigações quanto ao teor de suas propostas.

Analisando a definição de Recomendação trazida pelo Manual do CNJ, entende-se que a Recomendação é igualmente ato de competência do Plenário, porém apenas destina-se ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário, bem como à garantia da autonomia, da transparência e da eficiência da gestão, nota-se que ela não possui poder vinculativo e obrigacional como é o caso da Resolução do CNJ. A Recomendação apenas tem o objetivo de sugerir medidas a serem adotadas a fim de melhorar a gestão, no caso do Poder Judiciário, adaptando-as aos novos desafios que surgem.

Com esses conceitos em mãos, passa-se à análise propriamente dita das Portarias, Resoluções e Recomendações adotadas pelo CNJ a fim de preparar o Poder Judiciário para enfrentar o aumento exponencial de demandas envolvendo o erro médico e as demandas de saúde, de uma forma mais geral, nos últimos anos no Brasil. Como a seguir será evidenciado, nota-se que a Justiça brasileira está sendo obrigada a adaptar sua gestão interna frente à avalanche de demandas oriundas da área da saúde que estão chegando nas Varas e nos Tribunais em todo o país, nas quais o tema do erro médico tem destaque especial.

Em novembro de 2009, foi editada a Portaria nº 650/2009 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a seguinte ementa: “Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”³⁸. Como resultado do trabalho desse grupo, o CNJ emitiu a Recomendação nº 31 de março de 2010, com a seguinte ementa: “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”³⁹ (ver

37 Op. Cit.

38 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Portaria Nº 650 de 20/11/2009. Publicada no DOU, **Seção 2, em 24/11/09, p. 35-36, e no DJ-e nº 201/2009**, em 24/11/09, p. 3. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=496>>. Acessado em: 18/09/2017.

39 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 31 de 30/03/2010. DJE/CNJ nº 61/2010, de 07/04/2010, p. 4-6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acessado em: 18/09/2017.

item - I, a) - da Recomendação nº 31/2010 em notas de rodapé⁴⁰).

Nota-se que o CNJ, com a edição do item I, a) da Recomendação Nº 31/2010, reconheceu a complexidade e a necessidade de apoio técnico especializado de médicos e de farmacêuticos para que tais demandas em saúde possam ser julgadas por magistrados de forma mais embasada do ponto de vista técnico, proporcionando decisões judiciais mais justas e efetivas para casos concretos, por isso da necessidade da formação dos ditos “convênios”, conforme mencionado na recomendação. Logicamente, nos casos envolvendo casos de erro médico, o profissional que deveria auxiliar o magistrado fornecendo-lhe apoio técnico especializado seria outro médico que deveria ser imparcial quanto à discussão em debate na lide. O profissional farmacêutico estaria mais voltado para as demandas em saúde que requerem fornecimento de medicamentos de alto custo por parte do Estado. Fica evidente que a recomendação por parte do CNJ para que os Tribunais firmem esses “convênios” só ocorreu porque a quantidade de demandas na saúde atingiu níveis alarmantes dentro do Poder Judiciário, motivando o CNJ a editar essa recomendação.

Os itens I, c) e II, a) da mesma Recomendação nº 31/2010 também chamam a atenção (ver em notas de rodapé^{41, 42})

Os itens I, c) e II, a) da Recomendação Nº 31/2010 demonstram a importância e magnitude que o tema da judicialização da medicina e da saúde estão impondo ao Poder

40 “I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico compostos por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais. (...)”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 31 de 30/03/2010 (íntegra do documento), p. 2-3. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acessado em 18/09/2017.

41 “I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais que: (...) c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecidas pelo Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;”. (Recomendação nº 31/2010 do CNJ, p. 3)”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 31 de 30/03/2010 (íntegra do documento), p. 3. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acessado em 19/09/2017.

42 “(...) II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados – ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados do Trabalho – ENAMAT e às Escolas Federais e Estaduais que: a) incorporem o direito sanitário nos programas de curso de formação, vitalicimento e aperfeiçoamento; (...).BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 31 de 30/03/2010 (íntegra do documento), p. 4. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acessado em 19/09/2017.

Judiciário, de modo que inclusive o próprio CNJ sugere que o ensino preparatório da magistratura nas principais escolas preparatórias do país venha a mudar a fim de incluir o direito sanitário, que inclui o direito médico, para que os magistrados estejam mais preparados para as futuras demandas em saúde, além, é claro, do fato de a Recomendação sugerir que tal tema comece a ser exigido nas provas de ingresso à magistratura.

No mesmo ano de 2010, já no mês de abril, o CNJ edita a Resolução Nº 107 que cria o “Fórum da Saúde” no âmbito do Poder Judiciário: “Ementa: Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”, com a proposta, conforme o Art. 1º, de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos⁴³. Para organização desse Fórum, o CNJ editou a Portaria Nº 70 de 30/04/2013 que “Cria o Comitê Organizador do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”⁴⁴; posteriormente, essa Portaria Nº 70/2013 foi substituída pela Portaria Nº 40 de 25/03/2014 com teor similar.

Em agosto de 2013, o CNJ editou a Recomendação Nº 43 com a seguinte ementa: “Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar.”⁴⁵. Com essa Recomendação, o CNJ reconhece e sugere que já é o momento para haver no âmbito do Poder Judiciário Varas especializadas no direito à saúde (direito sanitário), em vista da grande quantidade de demandas e da alta complexidade do tema. Note-se que essa recomendação dá maior ênfase em demandas oriundas da saúde pública, mas não nega que as demandas da saúde suplementar também devam ser valorizadas. Ainda por tratar-se apenas de uma Recomendação e não de uma Resolução, o CNJ apenas sugere, mas não obriga (vincula), a implementação da proposta, apesar de considerá-la de grande relevância social.

O Fórum da Saúde do Judiciário, criado pela Resolução Nº 107/2010, promoveu a II Jornada de Direito da Saúde, em 2015. De tal Jornada resultou o enunciado 59 que prevê que “as demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora

43 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Resolução Nº 107 de 06/04/2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acessado em 19/09/2017.

44 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Portaria Nº 70 de 30/04/2010. DJE/CNJ nº 81/2013, de 3/5/2013 p. 15 . Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1738>>. Acessado em: 19/09/2017.

45 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 43 de 20/08/2013 . DJE/CNJ nº 157/2013, de 21/8/2013. p. 2 . Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1823>>. Acessado em: 19/09/2017.

das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências”⁴⁶.

Com base no enunciado 59 da II Jornada de Direito da Saúde promovido pelo Fórum da Saúde do Judiciário, supervisionado pelo CNJ que zela pela Medicina Baseada em Evidências; na Judicialização da Saúde, considerando um contexto que engloba o erro médico; na Resolução CNJ 107 de 06/04/2010; na Recomendação CNJ 43 de 20/08/2013, decidiu o CNJ emitir a nova Resolução CNJ N° 238 de 06/09/2016. Tal Resolução surge com a seguinte ementa: “Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública”⁴⁷. É interessante analisarmos seu teor com maior profundidade (ver em notas de rodapé⁴⁸).

46 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. II Jornada de Direito da Saúde: A Justiça faz bem a Saúde, 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acessado em: 19/09/2017.

47 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Resolução N° 238 de 06/09/2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acessado em: 20/09/2017.

48 “(...) Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuário do sistema complementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado. § 1º O Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro. § 2º Aplica-se aos Comitês Estaduais de Saúde, naquilo que lhe compete, as mesmas atribuições previstas ao Comitê Executivo Nacional pela Resolução CNJ 107/2010, destacando-se aquela estabelecida no seu inciso IV do artigo 2º, que dispõe sobre a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário. § 3º As indicações dos magistrados integrantes dos Comitês Estaduais de Saúde serão realizadas pela presidência dos tribunais respectivos ou de acordo com norma prevista em regimento interno dos órgãos, de preferência dentre os magistrados que exerçam jurisdição em matéria de saúde pública ou suplementar, ou que tenham destacado saber jurídico na área da saúde. § 4º A presidência do Comitê Estadual será definida de comum acordo entre os magistrados participantes, sendo que, no caso de divergência, presidirá o magistrado mais antigo, independente da justiça originária. § 5º Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) terão função exclusivamente de apoio técnico não se aplicando às suas atribuições aquelas previstas na Resolução CNJ 125/2010. Art. 2º Os tribunais criarão sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido por este Conselho Nacional de Justiça. Parágrafo Único. Sem prejuízo do contido no caput deste artigo, cada tribunal poderá manter banco de dados próprio, nos moldes aqui estabelecidos. Art. 3º Os Tribunais Estaduais e Federais, nas Comarcas ou Seções Judiciárias onde houver mais de uma vara de Fazenda Pública, promoverão a especialização de uma das varas em matéria de saúde pública, compensando-se a distribuição. Parágrafo único. Nos tribunais onde houver mais de uma Câmara de Direito Público, recomenda-se que seja aplicado o mesmo critério do caput. Art. 4º Esta Resolução entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.(...)”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Resolução N° 238 de 06/09/2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acessado em: 20/09/2017.

A Resolução Nº 238 CNJ traz diversos pontos relevantes, entre eles a Criação de Comitês Estaduais de Saúde compostos por magistrados. Esses comitês teriam a função de organizar a criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituídos por profissionais da Saúde para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, a fim de qualificar as decisões de magistrados do ponto de vista técnico nas demandas de saúde. Conforme a evolução do trabalho desses núcleos (NAT-JUS), os tribunais formariam bancos de dados em sítios eletrônicos com os pareceres dos profissionais de saúde que pudessem ser acessados conforme a conveniência dos magistrados. Essa mesma resolução também, em seu Art. 3º, prevê que Tribunais Estaduais e Federais, nas Comarcas ou Seções Judiciárias, onde houver mais de uma vara de Fazenda Pública, promoverão a especialização de uma das varas em matéria de saúde pública.

Conforme notícia veiculada no Portal do CNJ em 19/07/2016, com o título “*Fórum discute ações para reduzir judicialização da saúde no RS*”, o supervisor do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, conselheiro Arnaldo Hossepian, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante as visitas ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), na data de 15/07/16, salientou a importância dos comitês estaduais e dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATs) a fim de prevenir a excessiva judicialização da saúde no País⁴⁹.

A notícia divulgada no Portal do CNJ, em 23/08/2016, com o título “*CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados*”, demonstra o aprofundamento da participação dos “NATs” como sistemas de apoio técnico aos magistrados, auxiliando-os para que justifiquem suas decisões da forma mais técnica possível, além de minimizar os efeitos da judicialização na área da saúde⁵⁰.

49 Segundo Hossepian: “A implementação de ferramentas técnicas que contribuam para que os magistrados possam julgar de maneira mais segura e qualificada as ações de saúde que tramitam na Justiça servirá para evitar a judicialização temerária, que é algo que desestabiliza o sistema de saúde e sobrecarrega o Judiciário brasileiro”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (19/07/2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82862-forum-discute-acoes-para-reduzir-judicializacao-da-saude-no-rs>>. Acessado em: 20/09/2017.

50 “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Saúde assinaram um termo de cooperação técnica nesta terça-feira (23/8) que permitirá a criação de um banco de dados com informações técnicas para subsidiar os magistrados de todo o país em ações judiciais na área da saúde. “Estamos dando um passo importante para racionalizar as demandas na área da saúde. Os dados estarão à disposição de todos os magistrados para dar suporte às suas decisões, sem interferir na autonomia de cada um”, destacou o presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski. De acordo com dados do Ministério da Saúde, desde 2010 houve um aumento de 727% nos gastos da União com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. Até loção hidratante, álcool em gel, protetor solar, fita crepe e xampu anticaspas entram na lista do Ministério. De 2010 até julho de 2016, os custos da União totalizaram R\$ 3,9 bilhões com o cumprimento das sentenças. Só neste ano já foram desembolsados R\$ 730,6 milhões. Somados os gastos da

Notícia também do Portal do CNJ de 13/09/2016 ressalta esse novo momento dos “NATs” como núcleos para o auxílio técnico de magistrados na área da saúde (ver nota de rodapé⁵¹). Outra notícia de grande impacto no Poder Judiciário com relação à temática da judicialização da saúde foi veiculada em 13/07/2016, pelo Portal do TRF4, com o seguinte título: “*TRF4 implanta as primeiras varas federais do país especializadas em saúde*” (ver nota de rodapé⁵²).

Desta forma, este capítulo analisou a sistemática que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem adotando através de Atos Administrativos a fim de preparar o Poder Judiciário, do ponto de vista de gestão interna, para a realidade da judicialização da medicina e da saúde, que tem alcançando níveis vertiginosos de demandas em diversos tribunais brasileiros.

União, estados e municípios, a previsão é de que o montante chegue a R\$ 7 bilhões em judicialização este ano. Em 2015 foram gastos R\$ 5 bilhões. “O atendimento à população tem que ser feito, mas sem que isso afete toda a programação orçamentária dos órgãos ligados à saúde”, enfatizou o ministro da Saúde, Ricardo Barros. Ele informou que o hospital Sírio Libanês investirá, por meio do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde (PROADI-SUS), cerca de R\$ 15 milhões em três anos para criar a estrutura do banco de dados, que estará disponível na página eletrônica do CNJ. Caberá ao Conselho resguardar as informações e torná-las acessíveis aos magistrados e demais interessados. O banco conterà notas técnicas, análises de evidências científicas e pareceres técnico científicos consolidados emitidos pelos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus), pelos Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATs), pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS (Conitec), além de informações da biblioteca do Centro Cochrane do Brasil (instituição sem fins lucrativos) e outras fontes científicas. 'Queremos criar um sistema que possibilite ao magistrado, dentro do prazo limite de 72 horas, encontrar respaldo técnico para emitir uma decisão sobre um problema de alta complexidade que envolva a vida ou a morte de uma pessoa', enfatizou o conselheiro Arnaldo Hossepian, supervisor do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde.”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (13/09/2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>>. Acessado em: 21/09/2017.

51 “(...) A articulação da rede de NATs e NAT-JUS ficará a cargo do Hospital Sírio-Libanês, que desenvolveu expertise em projetos nas áreas de assistência, ensino e pesquisa em Saúde. A atuação da instituição ocorrerá no âmbito do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do SUS (PROADI-SUS). O programa foi criado pelo Ministério da Saúde para instituições certificadas como filantrópicas pelo governo federal que atuam na pesquisa e na capacitação de profissionais, com excelência reconhecida, em apoio ao desenvolvimento institucional do Sistema Único de Saúde (SUS). (...)”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (13/09/2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83421-sistema-dara-respaldo-tecnico-a-juizes-em-decisoes-sobre-demandas-de-saude>>. Acessado em: 20/09/2017.

52 “(...) O presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), desembargador federal Luiz Fernando Wovk Penteado, editou duas resoluções referentes à especialização. A Resolução 23 dispõe sobre a 3ª Vara Federal de Curitiba, com vigência a partir de 4 de julho de 2016. Já a Resolução 15, que determina a especialização regionalizada na matéria para as 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Varas Federais de Porto Alegre, abrangendo as demandas de saúde dos municípios das Subseções de Porto Alegre, Canoas e de Gravataí, passou a valer em 2 de maio de 2016. As unidades mantêm a competência cível e, também, a exclusiva em matéria de saúde. (...) A iniciativa atende à Recomendação Número 43 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que solicita aos Tribunais de Justiça (TJs) e aos Tribunais Regionais Federais (TRFs) que promovam a especialização de varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e também priorizem o julgamento dos processos relativos à saúde complementar. (...)”. BRASIL. Portal do TRF4. Notícias (13/07/2016). Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12050>. Acessado em: 20/09/2017.

CAPÍTULO 2: A VIABILIDADE DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE MÉDICA

2.1. O SURGIMENTO DO MERCADO DE SEGURO POR ERRO MÉDICO NO BRASIL

A consolidação da “indústria de erro médico” no Brasil nas últimas décadas fez surgir um mercado paralelo de seguro de erro médico a fim de permitir que o profissional possa exercer sua atividade laboral com certo grau de tranquilidade. Assim, é paga uma mensalidade à corretora de seguros que garante o pagamento da indenização ao paciente, caso o profissional venha a ser demandado e condenado no Poder Judiciário por eventual erro médico. Logicamente, tais seguros não são baratos, pesando de forma significativa no orçamento daquele que deseja se proteger do valor indenizatório de demandas por erro médico. Tais apólices de seguro são limitadas, conforme o valor total contratado pelo segurado junto à seguradora e quanto ao número de demandas que o profissional possa vir a ser condenado em determinado período de tempo estipulado no contrato de seguro. O mercado de seguros por erro médico ainda é um mercado bastante incipiente no Brasil, mas que vem crescendo ano após ano. Nos EUA, tal mercado já se encontra bastante consolidado, sendo que os seguros brasileiros têm se apoiado no modelo americano. Todavia, apenas uma pequena parcela dos médicos atuantes no Brasil conta com um seguro de responsabilidade civil por erro médico. Raul Canal comenta:

(...) o seguro de responsabilidade médica, apesar de já estar sendo comercializado no Brasil há cerca de três décadas, ainda não conquistou um mercado substancial. Estimamos que, dos quase 400.000 médicos brasileiros em atividade, menos de 30.000, ou seja, pouco mais de 5%, tenham algum tipo de proteção contra os processos por má prática profissional.⁵³

Geralmente, um seguro de responsabilidade civil é composto pela formação de um fundo de recursos financeiros, no qual uma série de profissionais segurados contribui, na maioria das vezes mensalmente para manutenção desse fundo, sendo ele gerido pela seguradora. Esse fundo serve para pagar as eventuais indenizações de responsabilidade civil e ainda assim gera lucro para a seguradora. Tais fundos apoiam-se em estudos de probabilidade que indicam que muito dificilmente uma quantidade significativa de participantes do fundo seria demandada e condenada judicialmente ao pagamento de indenizações ao mesmo tempo.

53 CANAL, Raul. **Seguro de responsabilidade civil na medicina**. 2016. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/seguro-de-responsabilidade-civil-na-medicina-edwaldo-russell>>. Acessado em 21/09/2017.

Essa é a lógica que permite a existência de seguros em geral, como é evidenciado por Eduardo Dantas:

A premissa básica em que se alicerça o seguro é a minimização – ou socialização – do risco individual, através da ampliação da base simultânea de contribuintes a um fundo comum destinado ao pagamento de eventuais indenizações, relativas a eventos contratualmente pré-definidos.

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

A aposta – amparada em estudos probabilidade, é de que nem todos, ou muito poucos contribuintes do fundo securitário, sofreriam processos que os levassem a necessitar pagar indenizações ao mesmo tempo, permitindo que o somatório das contribuições conjuntas possibilite prover os meios financeiros capazes de fazer frente às indenizações”.⁵⁴

Já existem uma série de empresas em atividade no Brasil que se propõe a oferecer o serviço de seguro em responsabilidade civil médica (nas notas de rodapé é possível verificar alguns exemplos de empresas que trabalham no setor de seguros de responsabilidade civil médica⁵⁵).

54 DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos: **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2009, pág. 409-410.
55 **SEGUROS DE RESPONSABILIDADE CIVIL PARA A ATVIDADE MÉDICA:**

SEGPRO – SEGUROS PROFISSIONAIS: "**RCP - SEGURO MÉDICO**". SUSEP Nº 100460087. CNPJ 05.192.205/0001-30. Disponível em: <http://www.segpro.com.br/rcp-medicos.php?gclid=EAIaIQobChMIluD_r-zG1gIVBwaGCh0SBQ5EEAAYASAAEgKV9PD_BwE>. Acessado em 27/09/2017.

FORSTER SEGUROS: "*Seguro de Responsabilidade Civil para Médicos e Dentistas*". Disponível em: <<http://www.forsterseguros.com.br/responsabilidade-civil/rc-profissional/medicos-e-dentistas?mtc=014&gclid=CirR2crsxtYCFQkKjQod6csDUQ>>. Acessado em 27/09/2017.

MAPFRE: "*Seguro para Médicos e Dentistas*". Disponível em: <<https://www.mapfre.com.br/seguro-br/para-voce/outros-seguros/rc-profissional/medico/>>. Acessado em 27/09/2017.

Lex Administradora e Corretora de Seguros Ltda. SUSEP: 10.035-321-3. "*Seguro Responsabilidade Civil Médicos e Dentistas*". Disponível em: <<http://www.lexseguros.com.br/rc-medicos-e-dentistas.html>>. Acessado em 27/09/2017.

Andina Corretora de Seguros – Curitiba – PR – "*Seguro de responsabilidade civil (médicos, dentistas)*". Disponível em: <<http://www.andinaseguros.com.br/responsabilidade-civil-medicos-dentistas/>>. Acessado em 27/09/2017.

ANADEM: "*Seguro de Responsabilidade Civil na Medicina*". Disponível em: <<http://anadem.org.br/site/seguro-de-responsabilidade-civil-na-medicina/>>. Acessado em 27/09/2017.

Júlio César Meirelles Gomes, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso de França fazem considerações pertinentes sobre as possíveis vantagens e desvantagens do Seguro de Responsabilidade Civil do Médico:

Desvantagens do Seguro de Responsabilidade Civil do Médico

1. Interfere negativamente na relação médico-paciente.
2. Estimula os processos contra os médicos.
3. Eleva os custos de serviços médicos.
4. Pode facilitar o erro médico.
5. Facilita a indústria das indenizações.
6. Fornece uma proteção aparente ao profissional.
7. Cria um cenário cativo para o médico.
8. Não cobre o dano moral.

Vantagens do Seguro de Responsabilidade Civil do Médico

1. Melhor modalidade de liquidação do dano.
2. Melhor condição de liberdade e segurança no trabalho.
3. Assegura o equilíbrio social e a ordem pública.
4. Melhor forma de justiça social.
5. Melhor forma de previdência propriamente dita.
6. Livra médico e paciente de processos penosos e demorados.
7. Evita explorações, ruínas, injustiças e iniquidades.
8. Independe da situação econômica do causador do dano⁵⁶.

Assim, conclui-se de que o Seguro de Responsabilidade Civil para o Médico já é uma realidade presente nos dias atuais no Brasil, com diversas seguradoras oferecendo esse serviço. Ainda apenas uma pequena parcela de médicos atuantes no território nacional possui tais seguros⁵⁷; entretanto, a perspectiva é de que mais profissionais venham a adquirir esse serviço com o objetivo de sustentar a continuidade de suas atividades profissionais fazendo frente à crescente “indústria” do processo do erro médico que cresce de forma exponencial. Logicamente, a aquisição de desses seguros por parte dos profissionais trará reflexos positivos e negativos ao mercado do erro médico, como demonstrado acima, mas, considerando o

56 GOMES, Júlio César Meirelles et alii. **Erro Médico**. 2ª Ed., Editora: Unimontes, 2000. pág. 148.

57 “(...) Estimamos que, dos quase 400.000 médicos brasileiros em atividade, menos de 30.000, ou seja, pouco mais de 5%, tenham algum tipo de proteção contra os processos por má prática profissional. (...)”. CANAL, Raul. **Seguro de Responsabilidade Civil na Medicina**. Publicado em: 01/02/2016. Disponível em: <<http://anadem.org.br/site/seguro-de-responsabilidade-civil-na-medicina/>>. Acessado em 02/01/2018.

contexto atual e traçando um paralelo com outros países que já possuem esse mercado consolidado, como é o exemplo dos EUA, parece ser essa a tendência do Brasil também.

2.2. A ATIVIDADE MÉDICA COM APOIO DE ATIVIDADE JURÍDICA ESPECIALIZADA EM DIREITO MÉDICO NO BRASIL

Assim como há o surgimento de um mercado de seguros em responsabilidade civil médica por consequência da “indústria do erro médico”, surge também um novo mercado de atuação para a advocacia: o da especialização em “*Direito Médico*”. É cada vez mais comum vermos mais escritórios de advocacia especializados no direito médico: logicamente, alguns especializados em defender o médico de demandas judiciais⁵⁸; outros com foco na defesa do paciente. Muitos escritórios que atuam na defesa do médico celebram acordos de cooperação com os próprios sindicatos médicos dos respectivos Estados da Federação, a fim de captar mais clientes; em contrapartida, os sindicatos oferecem aos seus sindicalizados um serviço com uma ampla “carteira” de escritórios de advocacia especializados em defender o médico em demandas judiciais. Alguns sindicatos médicos, como é o exemplo do Sindicato Médico do Rio Grande do Sul – SIMERS, já possuem advogados especializados na defesa judicial do médico pertencentes ao seu próprio corpo institucional, sendo o serviço de defesa médica um dos disponíveis (ver nota de rodapé onde consta informações retiradas do sítio do SIMERS na internet, na parte de Assessoria Jurídica⁵⁹).

É possível desprender das palavras do próprio SIMERS que a situação de risco iminente, do ponto de vista jurídico, tornou-se alarmante nos dias atuais, sendo quase inadmissível ao médico atuante não contar com um serviço especializado em defesa jurídica como esse ou outros similares. Assim, os serviços médicos no setor privado cada vez encarecem mais para a população, pois precisam considerar eventuais riscos inerentes à prática da profissão, e no sistema público, devido aos baixos salários, está ocorrendo um

58 A ANADEM (Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética) oferece, além da possibilidade de contratação de seguro de responsabilidade civil, “blindagem” jurídica para os médicos clientes seus através da assessoria do seu corpo de advogados. Disponível em: <<http://www.plataformadigitalanadem.com.br/index.php/o-produto>>. Acessado em 02/01/2018.

59 “*Assessoria Jurídica. COBERTURA PARA O ATO MÉDICO NAS ESFERAS CIVIL, CRIMINAL E ÉTICO DISCIPLINARES. VOCÊ CONTA COM UMA EQUIPE DE ADVOGADOS EXCLUSIVOS E ESPECIALIZADOS NO ÂMBITO MÉDICO. É MAIS QUE UM ADVOGADO, É UM SISTEMA DE PROTEÇÃO, PLANTÃO 24 HORAS. EM QUALQUER SITUAÇÃO QUE ENVOLVA RISCO EMINENTE, O SIMERS ESTARÁ COM VOCÊ.*”. Sindicato Médico do Rio Grande do Sul – SIMERS, Assessoria Jurídica. Disponível em: <http://www.simers.org.br/custom_type/assessoria-juridica/>. Acessado em 29/09/2017.

êxodo de profissionais atuantes para a área privada. É importante que essa lógica seja revertida o quanto antes através de políticas públicas para que a prática da medicina continue sustentável no território nacional.

2.3. BREVE PANORAMA DA REALIDADE DA “INDÚSTRIA DO ERRO MÉDICO” NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA) NA ATUALIDADE

A “indústria do erro médico” nos Estados Unidos da América (EUA) já está mais que consolidada. Nesse país, o processo por erro médico já é algo tão corriqueiro que é facilmente possível achar, inclusive em folhetins ou jornais de bairros, inúmeros contatos de advogados especializados em atuar em demandas desse tipo. Essa indústria gira milhões de dólares nos EUA todo o ano. As indenizações por erro médico norte-americanas são da cifra de milhões de dólares, enquanto as indenizações brasileiras são elevadas, mas não chegam nem perto daquelas aplicadas no primeiro. Exercer a medicina nos EUA é algo extremamente arriscado e caro, sendo que o profissional é praticamente obrigado a ter um seguro profissional de responsabilidade civil para poder continuar atuando. A prática da “medicina defensiva” é uma atitude já usual e esperada pelos profissionais, sendo que poucos não a realizam; logo, os já mencionados exames desnecessários são solicitados com objetivos exclusivamente defensivos, contribuindo para encarecer ainda mais a medicina estadunidense de forma significativa. A Revista Época trouxe dados assustadores sobre a “indústria do erro médico” nos EUA, entre eles que o médico americano gasta em média US\$ 3 mil por mês apenas em apólices de seguro para poder continuar exercendo a medicina:

(...) **Nos Estados Unidos, onde o seguro é praxe, a medicina enfrenta uma crise. Há especialistas nos EUA que pagam US\$ 3 mil por mês em apólices. Ao longo de sua vida profissional, um médico americano pode ser processado até três vezes, segundo as estatísticas.** Estudos publicados no Journal of American Medical Association afirmam que 90% dos médicos na Pensilvânia já evitam pacientes com problemas complexos e obstetras e ginecologistas vêm limitando o número de atendimentos. Muitos profissionais simplesmente estão de mudança para Estados cuja legislação limita as ações por erro médico. Por isso, hospitais públicos no Estado de Massachusetts, inclusive em Boston, têm dificuldade para preencher vagas. (...) (Grifo nosso).⁶⁰

Nota-se que essa nefasta realidade norte-americana, aos poucos, vem sendo

60 COTES, Paloma. **Bisturis nos tribunais**. Revista Época, 2005. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR70591-6014,00.html>>. Acessado em 18/12/2017.

transportada para o Brasil, sobrecarregando o Poder Judiciário brasileiro e, ao mesmo tempo, assustando os médicos brasileiros.

Um grande estudo realizado por cinco seguradoras americanas sobre processos indenizatórios por erro médico naquele país trouxe dados enriquecedores para a sua compreensão. Nesse estudo foram utilizados dados de revisões retrospectivas estruturadas de 1452 demandas fechadas ocorridas, em sua maioria, a partir da década de 90 até hoje e que contaram com a participação de cerca de 33 mil médicos, 61 hospitais de atendimentos emergenciais - cuidados agudos - (35 deles considerados acadêmicos e 26 não-acadêmicos) e 428 ambulatórios. A seguir alguns dos resultados obtidos por esse estudo:

Sessenta por cento dos queixosos eram do sexo feminino. A idade média dos demandantes foi de 38 anos; 19 por cento eram recém-nascidos, e 12 por cento tinham 65 anos de idade ou mais. **Ginecologistas-obstetras foram os mais comumente processados (19 por cento)**, seguido pelos cirurgões gerais (17 por cento) e clínico geral (16 por cento). (Grifo nosso).⁶¹.

Os dados desse estudo vão ao encontro dos dados brasileiros apresentados no capítulo I, item 1.1, em que a maioria dos demandantes eram também mulheres, e a especialidade médica mais demandada era a Ginecologia-Obstetrícia. Logo, considerando que as estatísticas americanas e brasileiras são muito similares, é possível inferir que, sendo a realidade da “indústria do erro médico” nos EUA já um fenômeno antigo e a do Brasil um fenômeno recente, a grande tendência é de que o Brasil acabe seguindo o mesmo caminho do exemplo americano, com uma possível elevação dos padrões indenizatórios de forma gradual e aumento significativo do número de demandas, o que já está ocorrendo conforme dados do próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), apresentados na parte introdutória desse trabalho.

Júlio César Meirelles Gomes, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso de França ensinam que a licença para exercer a medicina nos EUA é concedida pelo Estado em que o profissional irá atuar e tem validade de apenas 3 anos, podendo ser renovada, mas, para isso, o profissional precisa participar de cursos, estágios e conferências⁶². Assim, é possível inferir que para que haja possibilidade de exercer a medicina nos Estados Unidos, o médico, além de gastar grandes quantidades de recursos financeiros para defender-se de eventuais demandas contratando seguros de responsabilidade profissional e serviços de assistência

61 STACCIARINI, David Castro. **Erro Médico** - A Maior Pesquisa já realizada sobre Processos Indenizatórios nos Estados Unidos, Jusbrasil: 2015: Disponível em:

<<https://davidcastrostacciarini.jusbrasil.com.br/artigos/160810097/erro-medico-a-maior-pesquisa-ja-realizada-sobre-processos-indenizatorios-nos-estados-unidos>>. Acessado em 18/12/2017.

62 GOMES, Júlio César Meirelles et alii. **Erro Médico**. 2ª Ed., Editora: Unimontes, 2000. pág. 29.

jurídica, precisa também investir em formação continuada para que consiga renovar a sua licença médica estadual. Logicamente, a atualização profissional é mais que necessária para a boa prática da medicina; entretanto, espera-se que a profissão médica seja rentável o suficiente para que consiga suportar todas essas exigências e, ao mesmo tempo, proporcione ganhos ao profissional e não o acabe desestimulando a procurar a trocar de profissão.

Assim, realizou-se uma breve explanação da realidade da “indústria do erro médico” no âmbito norte-americano. Essa análise é importante, pois pode auxiliar na compreensão do mesmo fenômeno no contexto brasileiro.

A seguir, na segunda parte desse trabalho serão examinados, em profundidade, os aspectos jurídicos do erro médico no Brasil.

II PARTE: PARA UMA REDISCUSSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DA ÁREA MÉDICA

CAPÍTULO 1: O ERRO MÉDICO

1.1. DEFINIÇÃO DE ERRO MÉDICO

Júlio Cezar Meirelles Gomes e Genival Veloso França trazem na obra “*Erro Médico*”, interessante definição para o que se pode entender sendo erro médico:

Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência⁶³. (Grifo nosso)

Os mesmos autores salientam que é importante diferenciar o erro médico do acidente imprevisível e do resultado incontornável, tendo em vista que essas duas últimas situações afastariam a configuração do erro médico propriamente dito:

(...) **Acidente imprevisível** é o resultado lesivo, caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor nas mesmas circunstâncias (...). (Grifo nosso)⁶⁴

(...) o **resultado incontornável** é aquele decorrente de situação incontornável, de curso inexorável e próprio da evolução do caso, quando a ciência e a competência profissional não dispõem de solução, até o momento da ocorrência. (Grifo nosso)⁶⁵

Consuelo Taques Ferreira Salamacha, em sua obra “*Erro Médico: Inversão do Ônus da Prova*”, cita Giostri, para quem o erro médico é “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”⁶⁶. Salamacha também cita Moraes: “erro médico é a falha do médico no exercício da profissão”⁶⁷.

As várias possíveis conceituações apresentadas acima por diversos autores sobre erro médico são complementares em entre si, não sendo nenhuma absoluta isoladamente.

63 GOMES, Júlio Cezar Meirelles et alii. **Erro Médico**. 2ª Ed., Editora: Unimontes, 2000, p.25.

64 GOMES, Júlio Cezar Meirelles et alii. **Erro Médico**. 2ª Ed., Editora: Unimontes, 2000, p.25.

65 Idem.

66 SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico: inversão do ônus da prova**. 4ª Edição. Editora Juruá. Curitiba, 2016, p. 93.

67 Idem.

1.2. AS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO POSSÍVEIS POR ERRO MÉDICO

O erro médico pode gerar responsabilização em várias esferas, inclusive, de forma simultânea, tanto administrativa como judicialmente.

No que tange à responsabilização na esfera administrativa, pode ser aberta Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para averiguação de eventual responsabilidade do profissional no âmbito da Administração Pública, quando o profissional médico atuou em seu nome do Estado quando do suposto erro, tendo tanto a Sindicância como o PAD previsão na Lei 8.112/1990⁶⁸ que instituiu o Regime Jurídico dos Servidores da Administração Federal. Tal responsabilização pode resultar em perda de cargo ou função pública do médico infrator. Importante lembrar ainda que o médico pode ser obrigado a ressarcir de forma regressiva o Estado através de ação judicial própria movida por esse último, quando ficar provado que o médico que agia em nome do Estado foi, de fato, o responsável culposamente pelo erro médico que causou dano ao paciente e o Estado foi obrigado a indenizar a vítima em ação judicial específica por um erro causado por um agente seu (conforme a Teoria do Risco Administrativo da Administração Pública do Direito Administrativo: possibilidade de ação regressiva).

No âmbito administrativo também, porém versando sobre a ótica da ética profissional junto ao órgão de fiscalização de classe, pode ocorrer a responsabilização do profissional médico nos Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), como no Conselho Federal de Medicina (CFM) - os conselhos regionais funcionam, em geral, como órgãos julgadores éticos de 1ª instância, já o Conselho Federal, em geral, como órgão julgador ético de 2ª instância, como uma instância recursal). A responsabilização ética profissional junto aos Conselhos de Medicina se dá com base no Código de Ética Médica – Resolução 1.931/2009⁶⁹ e a tramitação processual com base no Código de Processo Ético instituído pela Resolução CFM Nº 2.145/2016 e alterado pela Resolução CFM nº 2.158/2017⁷⁰. Quando da responsabilização ético-profissional nessas instâncias, pode ser aberta uma Sindicância e *a posteriori* um Processo Ético Profissional contra o médico investigado ou acusado. A pena máxima ética que pode ser imposta é a cassação do registro profissional do médico nos Conselhos Médicos com

68 BRASIL. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acessado em 29/11/2017.

69 Conselho Federal de Medicina. Disponível em:

<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2145>>. Acessado em 29/11/2017.

70 Conselho Federal de Medicina. Disponível em:

<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2145>>. Acessado em 29/11/2017.

a consequente inabilitação do médico para continuar a exercer a medicina no território nacional brasileiro, conforme previsto na Lei 3.268/1957, Art. 22, “e”.⁷¹

No âmbito judicial, o erro médico pode resultar em responsabilização nas esferas civil e penal. A responsabilização civil é o foco deste trabalho. No que tange à responsabilidade civil, pode haver responsabilização do profissional, ora com base no Código Civil (Lei nº 10.406 de 2002), quando o médico presta atendimento que não enquadra-se numa relação caracterizada como de consumo, como, por exemplo, num atendimento médico prestado via Sistema Único de Saúde-SUS⁷²; ora pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), quando estão presentes elementos que caracterizam a prestação de atendimento médico dentro de uma lógica de relação privada de consumo, em que o paciente é o consumidor final desse serviço e o médico é o fornecedor do serviço, como, por exemplo, quando o paciente contrata o serviço médico com recursos particulares seus⁷³

Como dito anteriormente, pode o médico também responder na esfera penal, quando o erro médico resultar num crime, mesmo que esse erro tenha ocorrido sem dolo algum, apenas por culpa sua, nos casos de imprudência, negligência e imperícia⁷⁴.

Assim, esse item teve por objetivo demonstrar que é possível o médico responder pelo erro médico em diversas esferas de responsabilidade, inclusive simultaneamente, mas, como

71 BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acessado em: 29/11/2017.

72 “**Código Civil de 2002:** Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (...) Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (...) Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”. BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 29/11/2017.

73 “**Código de Defesa do Consumidor:** “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. (...) **SEÇÃO II. Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço.** (...) Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”(Sublinhei). (Código de Defesa do Consumidor, CDC, Lei 8.078/1990). BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acessado em: 29/11/2017.

74 “**Código Penal:** (...) Art. 18 - Diz-se o crime: **Crime doloso I** - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; **Crime culposo II** - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (...) Art. 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. (...)’ Do ponto de vista jurídico, o erro médico é o mau resultado involuntário do trabalho médico, sem a intenção de produzi-lo. Havendo tal intenção, qualifica-se como infração prevista no Código Penal Brasileiro no seu Art. 129.” Conselho Regional do Estado de Santa Catarina. **Manual de Orientação Ética e Disciplinar**, volume 1, 2ª Edição, 2000. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/regional/crmsc/manual/parte3d.htm>>. Acessado em 29/11/2017.

dito, este trabalho explorará em maior profundidade a esfera civil de responsabilização nos itens que seguem.

1.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A grande parcela da doutrina entende hoje que a prestação de serviços médicos são, **em regra**, uma relação **contratual** *sui generis*, na qual o médico assume a posição de prestador de serviço e o paciente, a posição de cliente; **excepcionalmente**, a relação médico paciente é vista de forma **extracontratual**, resultado de um ilícito.

Do ponto de vista da relação médico-paciente como um contrato (**forma contratual**), este, necessariamente, não necessita ser escrito (podendo ser verbal), estabelecido pela simples marcação de uma consulta com a secretária do médico, conforme nos ensina Nehemias Domingos de Melo⁷⁵. O autor define que o contrato na relação médico-paciente é um contrato bilateral, oneroso e de trato sucessivo e comutativo. É bilateral (ou sinalagmático), pois produz efeitos para ambas as partes do contrato, criando direitos e deveres, havendo assim obrigações todos os contratantes. É oneroso, pois envolve sacrifícios e benefícios com reciprocidade mútua de ambas as partes. Do médico é esperado que preste o melhor tratamento possível ao paciente, utilizando-se para isso das técnicas preconizadas pela sua ciência médica, mas não comprometendo-se, necessariamente, com o resultado da cura do paciente, tendo em vista que a ciência médica, de uma forma geral, não é uma ciência de resultado e sim uma ciência de meio, em que se busca o melhor tratamento dentro de limites técnicos e das características do próprio paciente. Do paciente é esperada a remuneração pelo trabalho do profissional que lhe prestou o serviço (honorários), além de comportamento colaborativo do paciente em relação às orientações médicas para que o seu tratamento tenha o melhor êxito possível, dentro dos limites do seu organismo. É considerado de trato sucessivo uma vez que a obrigação é executada, geralmente, em prestações singulares e sequenciais, dando uma ideia de prestação continuada. É também um contrato comutativo, porque possui contraprestações certas e determinadas, podendo as partes saber de antemão o que receberão da parte contrária.

Tal natureza contratual da relação médico-paciente pode ser evidenciada, conforme jurisprudências recentes do Tribunal Superior de Justiça (STJ):

75 MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 75-77.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.406.707 - SC (2013/0321942-3)
 RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI AGRAVANTE :
 FÉLIX CRISTIANO ORTIZ E OUTRO ADVOGADOS : DJALMA GOSS
 SOBRINHO E OUTRO(S) NILO DE OLIVEIRA NETO E OUTRO(S)
 AGRAVADO : IRMA ROSA DA SILVA ADVOGADO : PAULO
 MUNARETTI EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO
 ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO.**
 NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA.
RELAÇÃO CONTRATUAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.
 PARCIAL PROVIMENTO. 1. Se as questões trazidas à discussão foram
 dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla,
 fundamentada e sem omissões, deve ser afastada a alegada negativa de
 prestação jurisdicional. 2. Em se tratando de indenização por danos
 decorrentes de obrigação contratual, os juros de mora são devidos a partir da
 citação. Precedentes. 3. Agravo regimental parcialmente provido.(Grifo
 nosso)⁷⁶.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.132.658 - MG (2009/0062625-8)
 RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
 AGRAVANTE : TEREZINHA MARIA DE FREITAS ADVOGADO : ERIC
 ANTUNES PEREIRA DOS SANTOS E OUTRO(S) AGRAVADO :
 UBIRAJARA FALEIROS E OUTRO ADVOGADOS : FILIPE TORRES
 DE SOUSA GUILHERME DE SOUZA BORGES E OUTRO(S) HÉLIO
 CÉZAR AFONSO RODRIGUES EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM
 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS
 MORAIS. **ERRO MÉDICO.** NEGATIVA DE PRESTAÇÃO
 JURISDICIONAL. **RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.** JUROS
 MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 1. Não
 há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem
 motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a
 aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido
 pretendido pela parte. 2. Os juros moratórios referentes à reparação por dano
 moral, **na responsabilidade contratual**, incidem a partir da citação. 3. A
 correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a
 data do arbitramento, consoante a Súmula nº 362/STJ. 4. Agravo regimental
 não provido. (Grifo nosso)⁷⁷.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 513.604 - RS
 (2014/0109288-9) RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
 AGRAVANTE : MAPFRE SEGUROS GERAIS S/A ADVOGADOS :
 CRISTINA FONTOURA VERRI E OUTRO(S) DEBORAH SPEROTTO
 DA SILVEIRA AGRAVADO : IDACIR JOÃO MARCHETT

76 Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.406.707 - SC (2013/0321942-3), julgado de 07/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36865845&num_registro=201303219423&data=20140819&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 01/12/2017.

77 Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.132.658 - MG (2009/0062625-8), julgado de 21/08/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23432953&num_registro=200900626258&data=20120829&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 01/12/2017.

ADVOGADO : GUERINO PISONI NETTO E OUTRO(S) AGRAVADO : LASER VISION SERRA OFTALMOLOGISTAS ASSOCIADOS LTDA AGRAVADO : SERGIO PAULO RAMOS GARCIA ADVOGADO : MARJANA BIRCKE E OUTRO(S) EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO.** DANOS MORAIS. QUANTUM ARBITRADO. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. PRECEDENTES. NÃO PROVIMENTO. 1. **Em caso de erro médico, por ser contratual a relação entre as partes**, em sendo arbitrados danos morais, os juros de mora contam-se a partir da citação. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifo nosso)⁷⁸.

Assim, conforme entendimento do STJ pelos julgados acima, a relação médico-paciente é essencialmente uma relação contratual. Entretanto, há situações em que pode ocorrer atendimento médico sem que haja um contrato formalizado propriamente dito entre o médico e o paciente (**forma extracontratual**), como é o caso de uma vítima na rua que é socorrida por um médico que esteja passando próximo ao local⁷⁹. Um dano à vítima gerado por um ato do médico acarretará uma responsabilidade civil *extracontratual*, neste caso do médico em relação à vítima socorrida (é também chamada de responsabilidade *aquiliana*). Essa responsabilidade extracontratual é prevista no Código Civil de 2002 no art. 951^{80,81}:

Ruy Rosado de Aguiar Jr. ensina que a responsabilidade civil do médico servidor público que atende em instituição que é obrigada a receber pacientes segurados dos institutos de saúde pública, assim como médicos contratados de empresas que necessitam prestar assistência aos empregados, será extracontratual, considerando que não há a formalização de um contrato médico-paciente mesmo que verbal, pois o médico está apenas representando a instituição que pertence e é obrigado a atender a demanda que surge independentemente da sua vontade.

78 Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 513.604 - RS (2014/0109288-9), julgado de 07/08/2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36865845&num_registro=201303219423&data=20140819&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 01/12/2017.

79 Harger, Márcio Roberto: “ A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE ”, página 6 apud Neto, Miguel Kfoury. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9162-9161-1-PB.pdf>>. Acessado em 01/12/2017.

80 MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 76.

81 “Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acessado em: 02/01/2018.

(...) **Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados.** Nesses últimos casos, o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de Direito Administrativo ou de Direito Civil entre o médico e a empresa ou o hospital público, e uma outra entre o empregado e a empresa, ou entre o segurado e a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente”. (Grifo nosso)⁸².

No mesmo sentido posiciona-se Paula Rodrigues Peres, citando Giotri (2005), afirmando que a responsabilidade civil do profissional médico quando do âmbito do atendimento pelo sistema público (SUS) terá natureza extracontratual, tendo em vista que o médico apenas está cumprindo com demanda da instituição de saúde a qual ele é vinculado:

A responsabilidade civil do médico é analisada sob o aspecto subjetivo, assim para que exista a responsabilidade do médico deverá estar presentes os seguintes pressupostos: a conduta (omissiva ou comissiva), o dano, o nexo de causalidade ligando o dano à conduta, e a culpa, a qual pode ser exteriorizada através da negligência, imprudência e imperícia. Entretanto, **o médico que atende pelo Sistema Único de Saúde, passa a ser “acobertado” pela responsabilidade objetiva. O atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, caracteriza a responsabilidade objetiva para entidade, e responsabilidade extracontratual para o profissional.** (GIOTRI, 2005, p. 61).

Nesse caso o Estado será condenado a ressarcir o lesado, restando o direito à ação regressiva contra ato do seu preposto (no caso o médico) se esse estiver agido com culpa. (...) (Grifo nosso).⁸³

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

1.4. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ERRO MÉDICO

Os elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil por erro médico, tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Defesa do Consumidor, envolvem a presença do ato médico responsável pelo suposto erro (**a conduta** comissiva ou omissiva); a existência do **dano** (prejuízo) gerado ao paciente e o **nexo causal**, que é o elo que une a ação

82 AGUIAR JR., Ruy Rosado de, **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20M%C3%89DICO.doc>. Acessado em 01/12/2017.

83 PERES, Paula Rodrigues. **A responsabilidade civil do estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7040>. Acessado em 01/12/2017.

do agente ao resultado produzido (dano propriamente dito) - caso não haja nexos causal entre a conduta do agente e esse dano, a sua responsabilidade não estará configurada, devendo ser afastada de imediato. A responsabilidade do profissional liberal, em linhas gerais, é apurada de forma **subjetiva** (o médico assume a categoria de profissional liberal para fins de responsabilização), sendo fundamental a comprovação da sua **culpa** na figura de agente supostamente causador do dano para que ocorra a configuração da sua responsabilização por erro médico⁸⁴.

Caso não estivéssemos tratando da responsabilidade do médico (profissional liberal), mas, sim da responsabilidade do Estado ou da responsabilidade de uma sociedade empresária que colocasse seus produtos no mercado consumidor, por exemplo, ou mesmo de uma unidade hospitalar que presta serviço à comunidade, tais entidades responderiam de forma **objetiva** (a discussão da culpa seria irrelevante nessa modalidade, bastando apenas a existência da conduta, do dano e do nexos causal para configurar a responsabilidade dessas instituições):

(...) a **responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, independentemente de culpa**. A este respeito é a lição esclarecedora de Sérgio Cavalieri Filho ao afirmar que: '**Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes**.' É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço. (...). (Grifo nosso)⁸⁵

Porém o foco desse trabalho é a abordagem da responsabilidade civil na ótica do profissional liberal médico, a partir da sua conduta. Assim, a discussão do elemento culpa é elemento essencial para fins de comprovação do erro médico na responsabilidade subjetiva. No item seguinte deste capítulo, serão discutidos os dois tipos obrigacionais que são vislumbrados na ótica da responsabilidade subjetiva: a obrigação de **meio** e a de **resultado**. Salienta-se ainda que quando é discutida a existência de culpa pelo profissional liberal, tanto pelo Código de Defesa do Consumidor como do Código Civil de 2002, o elemento **culpa** nos remete a discutir a **imperícia**, a **negligência** e a **imprudência** como suas modalidades culposas⁸⁶.

84 “Art. 14. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de **culpa**.” (Grifo nosso). BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acessado em 10/12/2017.

85 Apelação Cível nº 70038593497. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)**, Quinta Câmara Cível, Acórdão de 15/12/2010, p. 5.

86 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, **negligência** ou **imprudência**, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”(Grifo nosso). BRASIL.

Segundo as lições de Delton Croce e Delton Croce Junior, as modalidades de culpa possuem as seguintes características:

Constituem modalidade de culpa a **negligência**, a **imperícia** e a **imprudência**.

a) **NEGLIGÊNCIA**. Do latim negligenta (de neglegera), é inação, inércia, non facere, indolência, preguiça psíquica, ausência de reflexão necessária, falta de precaução, falta de interesse, não dar o devido cuidado, descuido, desleixo, desatenção, desprezar, desatender, torpidez.

É a omissão (culpa in omittendo) aos deveres que circunstâncias exigem.

Consiste, em suma, na passividade corpórea ou subjetiva quando da execução de determinado ato dando ocasião a resultados danosos que não sobreviveriam se o agente houvesse se conduzido com diligência, ou não-diligência do homo medius necessária para o cumprimento do mister.

(...)

b) **IMPERÍCIA**. Do latim imperitia (de imperitus), designa o inábil ou falta de aptidão técnica, teórica ou prática, no desempenho de uma atividade profissional. Consiste, portanto, a imperícia na falta de cabedal normalmente indispensável ao exercício de uma profissão ou arte.

(...)

c) **IMPRUDÊNCIA**. Do latim imprudenta, é a falta de atenção, o descuido ou a imprevidência no exercício de uma ação perigosa, caracterizando-se, necessariamente, por um conduta comissiva(...). (Grifo nosso)⁸⁷

Desta forma, desprende-se da passagem acima que a **negligência** é um agir de forma displicente, ou simplesmente deixar de agir, mantendo-se inerte por preguiça ou falta de interesse; a **imperícia** é um agir sem o devido domínio técnico suficiente para poder executar determinada tarefa com segurança; e a **imprudência** é um agir sem zelo ou cuidado, sem os devidos cuidados necessários para a boa prática na execução de determinada tarefa.

Como dito anteriormente, para que haja o elo da causa (ato danoso) ao efeito (dano), existe a necessidade do nexos de causalidade para que se possa afirmar que o efeito decorreu como uma consequência da causa, não existindo esse elo (ligação), a responsabilidade do médico agente pelo suposto ato danoso é afastada. Assim, é de grande relevância explorarmos algumas hipóteses existentes que excluem esse nexos de causalidade e, como consequência, a responsabilidade civil do agente, como as que seguem: **a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior**. O Código Civil aborda os institutos do caso fortuito e da força da mesma forma, não realizando uma distinção entre eles.

Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 10/12/2017.

87 CROCE, Delton; CROCE JUNIOR; Delton. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23-25.

A culpa exclusiva da vítima, como excludente do nexo de causalidade, ocorre quando o resultado danoso ocorre por ação ou omissão culposa da própria vítima, como no caso em que o paciente deixar de seguir as orientações médicas fundamentais para o êxito do seu tratamento e um resultado desfavorável (dano) acaba ocorrendo para esse paciente (vítima) como consequência de uma ação exclusivamente sua⁸⁸. Abaixo, julgamento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT) que não reconhece a responsabilidade civil por parte do médico, pois o tribunal entende que se trata de culpa exclusiva da vítima que acabou por afastar o nexo causal entre a conduta do médico (agente) e resultado danoso ao paciente:

SEXTA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO Nº 766/2011 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE COLÍDER - APELANTE: JOSÉ CARLOS DE MELO APELADO: INSTITUTO LIONS DA VISÃO, APELADA: EUNICE MARTINS DE SOUZA E SILVA, Número do Protocolo: 766/2011, Data de Julgamento: 06-4-2011, EMENTA APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL - CIRURGIA OFTALMOLÓGICA - **ERRO MÉDICO NÃO CARACTERIZADO EM RAZÃO DA CONFIGURAÇÃO DA CULPA EXCLUSIVA DO PACIENTE NA LESÃO POR ELE SOFRIDA** - SENTENÇA SINGULAR MANTIDA - RECURSO APELATÓRIO DESPROVIDO. 1. Demonstrado nos autos que a **lesão oftalmológica sofrida pelo autor decorre de sua exclusiva culpa, máxime quando após o início do ato operatório não manteve ele o resguardo necessário ao sucesso da operação, não há como atribuir, nesse caso, o pretense erro médico gerador da indenização pleiteada na exordial.** 2. Caso em que, mostra-se correta a sentença apelada que julgou improcedente o pedido indenizatório, devendo, por isso, ser desprovido o apelo que almejava a reforma daquele decisum. (Grifo nosso). **Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT)**, julgamento de 06/04/2011⁸⁹.

No caso de excludente do nexo de causalidade por ato de terceiro é o caso que nem o médico (agente), nem o paciente (vítima que sofre o dano) deram causa à incidência do dano, envolvendo imprevisibilidade e inevitabilidade⁹⁰. O dano ocorre unicamente como consequência de ato de terceiro, de forma exclusiva. Nehemias Domingos de Melo traz um caso hipotético interessante em sua obra, em que o nexo de causalidade por suposto erro médico foi afastado por fato atribuível a fato de terceiro:

88 MELO, Nehemias Domingos de: “*Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência*”. Editora 3ª Edição. Revista, atualizada e aumentada. Editora: Atlas, São Paulo: 2014, página 57 A 58.

89 Jusbrasil. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MT/attachments/TJ-MT_APL_00023464120058110009_a893e.pdf?Signature=eaovC4zV4f3jkGBz4FZQU59DTpI%3D&Expires=1512332886&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=bba50d84a2db8ce575565ff7a59c4cb5>. Acessado em 03/12/2017.

90 MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 58.

Vamos supor um exemplo bizarro: que um paciente internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito como fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar. Nesse caso estaria caracterizando aquilo que chamamos de fortuito externo, ensejando a ilação de que não tendo o ilícito resultado da ação do hospital, nem de qualquer fato conexo com a sua atividade, a responsabilidade ou culpabilidade da prestadora de serviços restaria inteiramente afastada ante a excludente derivada de fato praticado por terceiro, que não guarda qualquer conexão com as obrigações derivadas dos serviços ajustados.⁹¹

No caso apresentado acima, os delinquentes invadem determinado hospital em busca de vingança contra um desafeto que esteja ali internado e esses delinquentes acabam prejudicando o tratamento médico dos demais pacientes internados no hospital de forma indireta. Note que, tanto o médico quanto o hospital não poderiam ser responsabilizados em uma suposta acusação de erro médico por prejuízo no tratamento dos pacientes, quando a causa desse possível prejuízo tiver sido resultado, de forma exclusiva, da invasão (fato de terceiro). Logo, neste caso, de imediato deve-se afastar o nexo causal entre uma possível conduta médica errônea e um possível prejuízo no tratamento por parte dos pacientes, quando, de fato, o prejuízo resultou, de forma exclusiva, da invasão hospitalar por parte dos delinquentes.

O Código Civil de 2002 trabalha os institutos do caso fortuito e da força maior conjuntamente, sendo ambos capazes de afastar o nexo causal entre uma suposta conduta culposa do agente e de um teórico dano consequente a essa conduta (resultado desfavorável). Como nos ensina Nehemias, o caso fortuito e a força maior estão relacionados a eventos inevitáveis e irresistíveis a qualquer esforço humano, sendo que a força fortuito está relacionada com eventos alheios à vontade das partes (greves, motins, guerras, dentro outros), já a força maior teria relações com fenômenos da natureza (raios, inundações, terremotos)⁹². O Código de Defesa do Consumidor (CDC), diferente do Código Civil, não adotou expressamente caso fortuito e força maior como excludentes do nexo causal (o que é possível perceber na nota de rodapé abaixo⁹³).

91 MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.59.

92 MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.59-60.

93 “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua

O CDC apenas menciona como excludentes do nexo causal a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro; entretanto, boa parte da doutrina entende que as excludentes do nexo causal do caso fortuito e da força maior pertencentes ao Código Civil são também de aplicação subsidiária no Código de Defesa do Consumidor⁹⁴.

Há ainda uma situação particular de responsabilização civil que vem, aos poucos, firmando-se no direito brasileiro e ganhando espaço na doutrina e jurisprudência nacional: trata-se da **teoria da perda de uma chance** de origem francesa (*perte d' une chance*). Essa teoria foi aplicada pela primeira vez no ano de 1965, na decisão proferida pela Corte de Cassação Francesa, quando julgava um recurso sobre a responsabilidade de um médico que supostamente teria realizado um diagnóstico errado, que acabou retirando as chances de um paciente obter a cura por um tratamento correto, se, primeiramente, o diagnóstico acertado tivesse sido realizado⁹⁵. Posteriormente, essa teoria encontrou espaço na Itália, onde também acabou destacando-se. No Brasil, é uma teoria de aplicação recente pelos tribunais brasileiros no âmbito da responsabilidade civil. Vê-se a seguir acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) do ano de 2015, que é muito didático na aplicação da teoria da perda de uma chance:

Processo APL 10176740420148260577 SP 1017674-04.2014.8.26.0577. Órgão Julgador 12ª Câmara. Extraordinária de Direito Privado. Publicação 16/10/2015. Julgamento 16 de Outubro de 2015. Relator Kenarik Boujikian. Ementa. Apelação. Recurso adesivo. Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. 1. Ilegitimidade de parte afastada. A presente ação versa sobre danos morais e materiais decorrentes de suposto descumprimento de contrato firmado entre a autora e a ré. É o que basta para a requerida ser parte legítima a figurar no polo passivo da demanda. 2. Aplicação da teoria da perda de uma chance. **A autora perdeu a oportunidade de alcançar situação mais vantajosa, ou menos prejudicial, que muito provavelmente**

utilização e riscos. (...) § 3º **O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.** (...) Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 3º **O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.** § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (...). (Grifo nosso)". BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acessado em 15/12/2017.

94 “A nosso sentir, o Código de defesa do Consumidor adotou a teoria do risco da atividade como pressuposto para responsabilizar o fornecedor, conseqüentemente justifica-se a aplicação subsidiária dos princípios esculpidos no Código Civil naquilo em que a lei consumerista for omissa. Daí, conclusão que exsurge é que as excludentes força maior e caso fortuito são plenamente aplicáveis em seara consumerista”. MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 63-65.

95 BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. Publicado pelo Site DireitoNet em 04/01/2008. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>>. Acessado em 18/12/2017.

alcançaria, não fosse a conduta praticada pela ré. 3. Nos casos de aplicação da teoria da perda de uma chance, não há ressarcimento da vantagem perdida propriamente dita, mas da perda da chance em se conquistar a vantagem. Descabe, sob este aspecto, a indenização por dano material, cabendo exclusivamente indenização de ordem moral. 4. **A indenização concedida pela perda de uma chance não pode, em qualquer hipótese, resultar na própria vantagem esperada pelo lesado. Deve o montante ser fixado em percentual que incida sobre o total da vantagem que poderia ser obtida, levando em conta o grau de probabilidade de ser configurada sua expectativa.** 5. Manutenção do valor fixado. 6. Na distribuição da sucumbência, considera-se o número de pedidos formulados na inicial e o número de pedidos julgados procedentes. 7. No presente caso, os litigantes foram vencidos em parcelas semelhantes, havendo sucumbência recíproca. Recursos não providos. (Grifo nosso). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), 2015⁹⁶.

Nota-se a partir das passagens destacadas acima que a parte autora deixa de auferir uma vantagem, ou uma redução do seu prejuízo, com grau de probabilidade significativo de certeza, unicamente devido à conduta do agente. Casos assim são passíveis de aplicação da **teoria da perda de uma chance** a fim de se pleitear uma indenização. Esse mesmo acórdão faz referência ao valor a ser indenizado, que deve ser um percentual sobre montante que representaria a vantagem que o autor deixou de obter em consequência da conduta do agente, considerando ainda a probabilidade da configuração da expectativa do autor.

Rafael Peteffi da Silva é referência no Brasil sobre o tema da teoria da perda de uma chance, sendo citado em diversos acórdãos de vários tribunais pátrios em julgamentos em que essa teoria é aplicada. Ele afirma que a reparação da perda de uma chance deve ser proporcional a chance perdida e não igual ao resultado que teria a chance perdida. Vejamos acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) em que esse autor é citado:

(...) **Rafael Peteffi da Silva** refere acórdão da Corte de Cassação francesa (sendo a França o berço dessa teoria, onde é aplicada há muito tempo – o primeiro caso francês data de 1889, ao passo que o primeiro caso inglês é de 1911⁹⁷), de abril de 2002, onde se afirmou que **"a reparação da perda de**

96 Jusbrasil (site). Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. Apelação: APL 10176740420148260577 SP 1017674-04.2014.8.26.0577. Data do Julgamento: 16/10/2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253895769/apelacao-apl-10176740420148260577-sp-1017674-0420148260577>>. Acessado em 18/12/2017.

97 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance – uma análise comparativa.** São Paulo: Atlas, 2007, p. 10 apud Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Apelação Cível nº 70074148396, Inteiro Teor. Data de Julgamento: 27/09/2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074148396&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3A%3Ad1&as_qj=&as_q=&requiredfields=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=>>. Acessado em 02/01/2018.

uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado. (...). (Grifo nosso)⁹⁸.

Os casos de aplicação da teoria da perda de uma chance em questões médicas, geralmente acontecem quando o paciente deixa de obter um melhor desfecho no tratamento de sua patologia de base por ação, ou omissão do agente (do médico), frustrando a expectativa do paciente. Abaixo algumas situações de aplicação da teoria da perda de uma chance quando da judicialização da medicina:

Processo AC 70053811626 RS. Órgão Julgador Nona Câmara Cível. Publicação Diário da Justiça do dia 06/06/2013. Julgamento 29 de Maio de 2013. Relator Tasso Caubi Soares Delabary. Ementa **APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE MEDIDAS PRECONIZADAS PARA AVALIAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DA CAUSA DOS SINTOMAS DO PACIENTE. PERDA DE UMA CHANCE.** CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. Na hipótese dos autos, restou provado que os profissionais de medicina do hospital demandado foram negligentes na investigação clínica do quadro que apresentava o paciente, ignorando peculiar circunstância de não possuir o baço, inviabilizando o diagnóstico da moléstia que lhe acometia e tolhendo as chances de tratamento e cura. Ainda, restou desconsiderado no primeiro atendimento os sintomas de infecção - diarreia, vômito, náuseas, febre alta e mialgias - não tendo sido sequer solicitado um hemograma capaz de identificar o quadro infeccioso que já acometia o paciente, bem como ter sido ministrado medicamento contra-indicado em casos de diarreia aguda, facilitando a proliferação de germes. **Conduta imprudente, negligente e imperita da equipe médica do nosocômio demandado, que ignorou a condição de esplenectomizado do paciente, o que obriga a suspeição de Sepsis Pós Esplenectomia**, bem como ignorou sintomas de infecção que demandava investigação diagnóstica mais acurada e tratamento mais agressivo para o quadro apresentado, com o uso imediato de antibiótico. **Erro de diagnóstico configurado. Aplicação da teoria da chance perdida, porquanto o erro de diagnóstico tolheu eventuais chances de cura ou melhora do estado de saúde do paciente, contribuindo para a evolução do quadro, que culminou no seu óbito por infecção generalizada. Configurada a responsabilidade do demandado devido à evidente falha no atendimento médico-hospitalar ao de cujus, bem como o nexo de causalidade entre o ato e o evento danoso, deve ser reconhecido o dever de indenizar.** DANO MORAL IN RE IPSA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. Inegável a ocorrência do dano moral, que é in re ipsa, porquanto decorrente do próprio fato, em

98 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance – uma análise comparativa**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 138 apud Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Apelação Cível nº 70074148396, Inteiro Teor. Data de Julgamento: 27/09/2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074148396&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_q=&requiredfields=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=>>. Acessado em 02/01/2018.

virtude da falha no serviço prestado pelo demandado que culminou no óbito do esposo, pai e filho dos autores. Valor da condenação fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação. DANO MATERIAL. PENSIONAMENTO. VIÚVA E FILHAS MENORES. Diante do óbito do pai e esposo, as coautoras fazem jus ao pensionamento mensal como forma de compensar o prejuízo material que era alcançado pelo de cujus. O valor do pensionamento deve ser calculado à razão de 2/3 sobre 60% da remuneração auferida pelo de cujus à época do óbito, incluídas as verbas acessórias que compunham a remuneração, haja vista que o outro terço corresponderia aos seus gastos de ordem pessoal, considerando, ainda, a mitigação do valor em razão da perda de uma chance. Pensionamento das filhas com termo final até a data em que completem 25 anos de idade, observado o direito de crescer da viúva, cujo pensionamento vigorará até a data em que o falecido completaria 70 anos de idade. Correção das parcelas vincendas conforme índices de reajustes concedidos à categoria profissional do falecido. Deve a obrigada constituir capital, como forma de garantir o pensionamento, nos termos do artigo 475-Q do Código de Processo Civil. DANO MATERIAL. DESPESAS COM FUNERAL. Condenação da demandada ao pagamento de 60% das despesas com funeral devidamente comprovadas nos autos. APELO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70053811626, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 29/05/2013). (Grifo nosso)⁹⁹.

Este acórdão do ano de 2013 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) traz um caso de aplicação da teoria da perda de uma chance, quando um paciente que era esplenectomizado¹⁰⁰ teve o seu melhor tratamento suprimido pelo fato de a equipe médica do nosocômio onde ele foi atendido desconhecer sua condição e que, portanto, poderia estar evoluindo para uma sepse pós-esplenectomia. A perda da chance de um tratamento correto que resultou no seu óbito decorreu de um erro de diagnóstico. Neste, caso a expectativa de cura por parte do paciente foi frustrada. Assim, o TJ-RS entendeu pela responsabilidade do demandado devido à evidente falha no atendimento médico-hospitalar ao *de cujus*.

A seguir outro julgado desse mesmo tribunal, TJ-RS, do ano de 2013, também bastante interessante e que novamente aplica a teoria da perda de uma chance:

Processo ED 70057037178 RS. Órgão Julgador Nona Câmara Cível. Publicação Diário da Justiça do dia 29/11/2013. Julgamento 27 de Novembro de 2013. Relator Miguel Ângelo da Silva. Ementa **EMBARGOS DECLARATÓRIOS. APELAÇÃO CÍVEL. ERRO MÉDICO. ROMPIMENTO DE ANEURISMA. AVC HEMORRÁGICO. DEMORA NO DIAGNÓSTICO. INVALIDEZ PERMANENTE.**

99 Jusbrasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível : AC 70053811626 RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112922114/apelacao-civel-ac-70053811626-rs>>. Acessado em 18/12/2017.

100 Esplenectomizado é termo médico usado para referir-se ao paciente que teve o baço retirado cirurgicamente.

RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE. CULPA MÉDICA NA MODALIDADE DE NEGLIGÊNCIA. DANOS MATERIAIS POR RICOCHETE. PENSIONAMENTO AO MARIDO DA VÍTIMA. TERMO FINAL. Evidenciado que, em decorrência da falha no serviço prestado pelos médicos do Hospital embargado, resultou a esposa do autor com incapacidade permanente, a pensão mensal a ser paga é vitalícia. Pensionamento mensal a ser pago ao marido da vítima até a data em que esta falecer. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Nº 70057037178, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/11/2013). (Grifo nosso).¹⁰¹.

No caso acima, a demora no atendimento médico resultou no rompimento de um aneurisma cerebral e no conseqüente acidente vascular cerebral hemorrágico (AVC hemorrágico) por parte da paciente, com evolução para incapacidade permanente, incorrendo na configuração da perda de uma chance pelo fato de a paciente ter deixado de receber tratamento adequado por negligência da equipe médica do nosocômio onde foi atendida, tendo sido esse o entendimento do TJ-RS, em 2013.

Neste item 1.4 desse capítulo, buscou-se esclarecer sobre os principais elementos essenciais para a configuração da demanda por erro médico, trazendo o entendimento atual na doutrina e relacionando esse entendimento com a jurisprudência corrente dos tribunais brasileiros mais destacados. No item seguinte, este estudo será aprofundado, porém sob o prisma da responsabilidade civil nas obrigações de meio em contraponto com a responsabilidade civil nas obrigações de resultado, para mais tarde ser possível discutir a responsabilidade civil do Cirurgião Plástico em outro capítulo.

1.5. RESPONSABILIDADE CIVIL: OBRIGAÇÕES DE MEIO X DE RESULTADO

A responsabilidade civil do profissional liberal, como preconizada pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990, será apurada mediante a verificação de culpa, como largamente discutido no item 1.4 deste capítulo; logo, será uma responsabilidade do tipo subjetiva, quando a discussão da culpa no ato do agente (através da imperícia, negligência e imprudência) é algo relevante para configurar a sua responsabilidade. Sendo o médico um tipo de profissional liberal, sua responsabilidade será guiada, geralmente, dessa forma: subjetivamente. Nos casos em que a discussão da culpa do agente não tem relevância para configurar o erro, importando apenas a existência da conduta lesiva do agente, do nexo causal e do dano, essa responsabilidade será do tipo objetiva.

101 Jusbrasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Embargos de Declaração : ED 70057037178 RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113363430/embargos-de-declaracao-ed-70057037178-rs?ref=juris-tabs>>. Acessado em 18/12/2017.

Parcela majoritária dos doutrinadores entende que as obrigações de meio e de resultado devem ser abrangidas pela responsabilidade subjetiva. Na obrigação de meio, o agente não teria o compromisso de obter o resultado, mas apenas de utilizar de todos os meios necessários para buscar atingi-lo. Diferentemente, na obrigação de resultado, o agente compromete-se com a obtenção do resultado prometido, e responderá civilmente caso não o obtenha. Assim, na obrigação de meio, a culpa do agente deve ser comprovada pelo acusador (vítima ou seu representante) a fim de configurar a responsabilidade por parte do agente. Já na de resultado, geralmente o ônus probatório é invertido, devendo o agente provar que não teve culpa com relação à consequência do evento danoso. Trata-se, desta forma, de uma **presunção de culpa** por parte do agente. Por excelência, é quase unânime entre os doutrinadores que a responsabilidade civil do médico, em geral, é de uma obrigação de meio¹⁰². Entretanto, alguns doutrinadores, que a seguir serão citados, divergem em situações específicas, como no caso da responsabilidade civil do cirurgião plástico, quando esse realiza cirurgias plásticas estéticas (embelezadoras) que poderiam ser entendidas ora como obrigações de resultado e ora de meio, conforme o intérprete: essa discussão será aprofundada em capítulo posterior. Neste momento, nossa atenção estará centrada em diferenciar a obrigação de meio da de resultado. Segue abaixo o que alguns juristas pensam sobre o assunto, no caso da responsabilidade civil médica:

(...) Obrigação de meio é aquela em que o profissional se obriga a empregar seus conhecimentos e técnicas disponíveis visando um determinado resultado em favor de seu contratante (consumidor), sem contudo, responsabilizar-se pelo êxito da empreitada. Nestas circunstâncias e não sendo atingido o objetivo final do contratado, **o lesado somente logrará obter indenização se provar, e esse é seu ônus, que os resultados somente não foram atingidos porque o profissional não agiu com diligência e os cuidados exigidos** para a realização do contratado.

Em contrapartida, **a obrigação de resultado será aquela em que o profissional venha a assumir, contratualmente, que determinada finalidade será alcançada, comprometendo-se assim, com os resultados finais da empreitada.** Neste caso, caso, em não sendo alcançado o resultado, **bastará ao credor demonstrar que o objetivo colimado não foi atingido, para fazer surgir a obrigação de indenizar por parte do prestador de serviços. Trata-se de presunção de culpa. O que significa dizer que o consumidor se libera do ônus probatório transferindo este ônus para o profissional que deverá demonstrar, de maneira cabal, que agiu com prudência, diligência ou perícia desejada ou ainda, provar a ocorrência de força maior ou caso fortuito.** (...). (Grifo nosso)¹⁰³.

102 “(...) Atualmente, a doutrina majoritária indica a obrigação médica como obrigação de meio. (...)”. SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico: inversão do ônus da prova**. 4ª Edição. Editora Juruá. Curitiba, 2016, página 114.

103 MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**.

Vejamos também o que diz Nehemias, nessa mesma obra: “*Responsabilidade Civil por Erro Médico, Doutrina e Jurisprudência*”, na parte em que versa sobre as Cirurgias Plásticas embelezadoras:

(...) Nestas circunstâncias, a cirurgia não vindo a atender às expectativas do paciente poderá ensejar a responsabilização do profissional médico que, **embora continue subjetiva, responderá com culpa presumida, cabendo-lhe o ônus de demonstrar a ocorrência de fatos ou atos que possam ilidir o dever de indenizar.** (...) (Grifo nosso).¹⁰⁴

Logo, Nehemias é claro em afirmar, nas passagens acima retiradas de sua obra, que a obrigação de resultado é encarada sob o olhar da **responsabilidade subjetiva** em que há a **presunção de culpa** pelo agente, devendo esse, para afastá-la, comprovar que agiu com toda a prudência, diligência ou perícia desejada ou que o resultado desfavorável se deu por motivo de força maior ou caso fortuito, afastando, desta forma, a sua culpa.

Em contrapartida, há outros autores que entendem a obrigação de resultado pela ótica da responsabilidade objetiva, em que não é preciso se provar a culpa do agente para configurar a sua responsabilidade, apenas demonstrando que o dano se deu devido à conduta do agente, estabelecendo dessa forma o nexo causal entre conduta e o respectivo dano. Esse é o entendimento de Consuelo Taques Ferreira Salamacha:

(...) quando estiver diante de uma **obrigação de resultado, será aplicada a responsabilidade objetiva**, sem necessidade de a vítima provar a culpa do profissional, mesma fórmula utilizada com os demais fornecedores regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. (...) (Grifo nosso)¹⁰⁵.

Nota-se que Salamacha define que para a obrigação de resultado será aplicada a responsabilidade objetiva (sem discussão sobre a culpa), contrariando Melo, que diz que para a obrigação de resultado será aplicada a responsabilidade subjetiva, mas com presunção de culpa. Para dirimir essa divergência, recorreremos aos julgados do STJ sobre as obrigações de resultado:

“RECURSO ESPECIAL Nº 985.888 - SP (2007/0088776-1). RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, RECORRENTE: ANTÔNIO CARLOS FERREIRA CASTRO, ADVOGADO: MARIA CRISTINA ZARIF, RECORRIDO: ANDRÉA JOSEFA DA SILVA, ADVOGADO: ROBERTA GAUDÊNCIO DOS SANTOS. EMENTA DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA.

São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 77.

104 MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 140.

105 SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico: inversão do ônus da prova.** 4ª Edição. Editora Juruá. Curitiba, 2016, página 116.

OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. **Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.** 3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial. 4. Recurso especial não conhecido.”. (Grifo nosso). Superior Tribunal de Justiça (STJ), Julgamento: 16/02/2012¹⁰⁶.

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

Este trabalho posiciona-se no mesmo sentido do STJ, compreendendo que a **obrigação de resultado** deve ser entendida através de uma **responsabilização subjetiva com presunção de culpa por parte do agente e não de forma objetiva** em que não há preocupação com a discussão da culpa desse, como verifica-se no REsp N° 985.888 – SP.

Assim, foram discutidos nesse item 1.5 os principais conceitos para o bom entendimento sobre as obrigações de meio e de resultado e a maneira que essas obrigações devem ser vislumbradas do ponto de vista da responsabilização do agente. Esta compreensão nos permitirá um maior aprofundamento de nosso estudo quando da abordagem da responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico em capítulo próximo.

106 Superior Tribunal de Justiça (STJ). RECURSO ESPECIAL N° 985.888 - SP (2007/0088776-1). Julgamento: 16/02/2012 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1123401&num_registro=200700887761&data=20120313&formato=PDF>. Acessado em: 02/01/2018.

1.6. RESPONSABILIDADE CIVIL: LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) X CÓDIGO CIVIL DE 2002 (CC/2002).

De uma forma geral, quando o médico oferece seus serviços profissionais no mercado, ele assume a posição de fornecedor de serviços e o paciente, a de consumidor desses serviços médicos, estabelecendo-se assim uma relação de consumo entre os dois. Conforme a legislação pátria em vigor, as relações consumeristas são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078 de 11/09/1990. Logo, toda vez que existe uma relação de consumo entre o médico e o paciente, a ela será, obrigatoriamente, aplicada o CDC. Assim, quando há uma discussão sobre um possível erro médico por parte do médico em relação a determinado paciente dentro da ótica de uma relação consumerista, ao médico caberá responder subjetivamente por sua conduta com base no Art. 14, § 4º do CDC, haja vista que é necessária a discussão sobre eventual culpa do profissional.

Em situações em que o profissional liberal, como é o caso do médico, responde por eventuais danos gerados por sua conduta a um terceiro, porém fora de uma relação de consumo, o diploma legal a ser aplicado é o Código Civil de 2002 com base nos Art. 186 combinado com o Art. 927, caput. Extrai-se do Art. 186 que o tipo de responsabilidade civil adotada pelo CC/2002 aos profissionais liberais é do tipo subjetivo, em que é necessária a discussão da culpa do agente para configurar a sua responsabilização. Isso porque no Art. 186 está expresso que para que haja a violação por ato ilícito serão consideradas as modalidades de culpa por negligência e imprudência.

Assim, o que define a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que adota a responsabilidade civil subjetiva, e o Código Civil (CC/2002), que também adota a responsabilidade civil subjetiva do profissional é, como dito acima, a tipificação da relação existente entre as partes: no caso da relação entre consumidor e fornecedor, aplica-se o CDC, código consumerista, já na relação entre privados, utiliza-se o CC/2002. Entretanto, é importante destacar que existe uma maior facilidade de **inversão do ônus da prova** pelo CDC quando comparado ao CC/2002. Vejamos o que diz o CDC sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova:

Art. 6º **São direitos básicos do consumidor:**

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova, a seu favor**, no processo civil, **quando, a critério do juiz,**

for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. (Grifo nosso).¹⁰⁷.

Perceba que a inversão do ônus da prova a favor do consumidor não é uma medida obrigatória que o Juiz deve realizar conforme o CDC, mas ele pode realizar essa inversão com base na verossimilhança das alegações do consumidor e com base na hipossuficiência desse mesmo consumidor.

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

Considerando que aplicação via CDC é mais vantajosa para a vítima do que a aplicação via Código Civil de 2002 pela maior possibilidade de inversão do ônus da prova, muitos advogados tentam extrapolar as hipóteses de cabimento do CDC para situações em que não há relação de consumo entre o médico e o paciente, como é o caso do médico que atende **em hospital público** pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Algumas das alegações desses advogados seriam que, em hospitais públicos do SUS, o médico receberia remuneração da sociedade de forma indireta através de tributos, o que poderia sugerir uma relação de consumo “indireta”. Porém, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se posicionou sobre a matéria alegando que os recursos oriundos de tributos teriam por finalidade a manutenção do funcionamento da Administração Pública e não caráter consumerista nem de remuneração “indireta”, assim, não haveria aplicação do CDC e sim a aplicação do CC/2002 numa eventual demanda judicial movida pela vítima diretamente contra o médico a fim de responsabilizá-lo civilmente quando esse estivesse atuando em nome do Estado, num hospital público, pelo Sistema Único de Saúde, e fosse acusado de erro médico. Vejamos um acórdão do STJ que trata sobre o tema:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.471.694 - MG (2014/0188437-2)
RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES AGRAVANTE
: ANDRÉ EUZÉBIO DE FREITAS ADVOGADO : GUSTAVO
HENRIQUE DE REZENDE AGRAVADO : MUNICÍPIO DE
DIVINÓPOLIS ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO
REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE
CIVIL DO ESTADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.
SÚMULA 211/STJ. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS
TIDOS POR VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. **SAÚDE. SERVIÇO**

107 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11/09/1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acessado em 20/12/2017.

PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE REMUNERAÇÃO DIRETA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA

1. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a simples alegação genérica, desprovida da indicação de quais os dispositivos teriam sido efetivamente violados pelo Tribunal de origem, não é suficiente para fundar recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. **3. As Turmas de Direito Público que integram esta Corte já se manifestaram no sentido de inexistir qualquer tipo de remuneração direta no serviço de saúde prestado por hospital público, posto que seu custeio ocorre por meio de receitas tributárias, de modo que não há falar em relação consumerista ou aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor à hipótese.** 4. Nesse sentido: REsp 1187456/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 1º/12/2010; REsp 493.181/SP, 1ª Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, DJ 1º/2/2006. 5. Agravo regimental não provido. (Grifo nosso) ¹⁰⁸.

Outro acórdão dessa Corte Superior, decidido no mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.187.456 - RJ (2010/0033058-5) RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROCURADOR : CLÁUDIA COSENTINO FERREIRA E OUTRO(S) RECORRIDO : JOÃO CRUZ E OUTRO ADVOGADO : TARCISO GOMES DE AMORIM E OUTRO(S) EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. FACULTATIVA. 1. Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar. 2. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.** 3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denúncia da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais. Precedentes. 4. Considerando que o Tribunal a quo limitou-se a indeferir a denúncia da lide com base no art. 88, do CDC, devem os autos retornar à origem para que seja avaliado, de acordo com as circunstâncias fáticas da demanda, se a intervenção de terceiros prejudicará ou não a regular tramitação do processo. 5. Recurso

108 Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.471.694 - MG. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42443742&num_registro=201401884372&data=20141202&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 20/12/2017.

especial provido em parte. (Grifo nosso)¹⁰⁹.

A situação é completamente diferente quando um médico é demandado por um suposto erro ao atuar em nome de uma **instituição privada**, mesmo que o paciente fosse ali atendido pelo convênio do SUS. Nessa hipótese, a aplicação para a responsabilização do profissional se daria pelo CDC, pois o médico está indiretamente inserido numa relação de consumo imposta pelo contexto da instituição privada (hospital privado) que ele está vinculado, considerando que a entidade oferece seus serviços no mercado consumerista a quem desejar utilizá-los voluntariamente. Mesmo que a instituição privada fosse da modalidade filantrópica, por exemplo, e prestasse atendimento gratuito pelo SUS, ainda assim não seria afastada a relação de consumo, pois a instituição recebe remuneração indireta do SUS para prestar serviços em seu nome. Logo, não importa se o paciente foi atendido através do convênio do SUS, do convênio privado, ou através de pagamento “particular”: a relação consumerista está caracterizada tendo em vista que não é a Administração Pública que está prestando os serviços médicos, e, sim uma entidade privada. Portanto, o CDC deve ser o diploma legal a ser aplicado nesses casos. Vejamos dois acórdãos, muito exemplares sobre o tema, sendo um Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) e outro do próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Processo: 0014660-86.2016.8.06.0101 - Apelação. Apelantes: Luzia da Mota Pires Gomes e Ricardo Teixeira Gomes. EMENTA: APELAÇÃO. **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. HOSPITAL É SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS DE CARÁTER BENEFICENTE E FILANTRÓPICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO GRATUITO NÃO DESCARACTERIZA A RELAÇÃO DE CONSUMO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 27 DO CDC.** APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. 1-A promovente, ora apelante, pede indenização por danos morais decorrente de uma má prestação de serviço do hospital para o qual se dirigiu para ter seu bebe. Alega que, a negligencia no atendimento culminou com a morte do seu bebe. 2- **A promovida, ora apelada, apresentou contrarrazões em que alega que o hospital trabalha, na prática, em substituição indireta ao Estado, cuja remuneração é proveniente de pagamento direto do SUS.** 3- **A promovida SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO, ora apelada, é entidade beneficente, filantrópica, mas isso não a descaracteriza como fornecedora de serviços de consumo. A promovida alega que não cobra pelo serviço médico que oferece à população, mas ela recebe verba pública e, portanto, o serviço prestado é remunerado.**

109 Superior Tribunal de Justiça (STJ). RECURSO ESPECIAL Nº 1.187.456 – RJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12976451&num_registro=201000330585&data=20101201&tipo=5&formato=P>. Acessado em 20/12/2017.

Há relação de consumo. 4-Ser ela entidade beneficente, filantrópica e de assistência social não afasta a subsunção ao conceito de fornecedor previsto no art. 3º do CDC, pois esse dispositivo legal não faz ressalva àquelas características. **5-A responsabilidade do hospital, por sua vez, é amparada na teoria objetiva (art. 14 do CDC), na medida em que responde, a título de prestação de serviço defeituoso, pelos atos cometidos pelos profissionais que emprega e disponibiliza para atendimento ao público.** **6-A relação entre promovente e a promovida é de consumo, e em se tratando de demanda na qual se apura eventual responsabilização por alegado erro médico,** incide o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, sendo inaplicável o prazo trienal previsto no Código Civil. 7-Apelação conhecida e provida¹¹⁰.

O acórdão do STJ:

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.215.680 - MA (2009/0164987-1) RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI AGRAVANTE : CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL ADVOGADOS : JOSÉ MANUEL DE MACEDO COSTA FILHO E OUTRO(S) RENATA DE CASTRO VIANNA E OUTRO(S) AGRAVADO : MIRIAM TEIXEIRA MOTA FONTENELE ADVOGADO : ANA LUÍSA ROSA VERAS E OUTRO(S) EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS, HOSPITALARES, ODONTOLÓGICOS E JURÍDICOS AOS ASSOCIADOS. RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE TRATAMENTO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. VALOR ARBITRADO MODERADAMENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O STJ já decidiu ser irrelevante o fato de a recorrida ser uma entidade sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, se desempenha atividade no mercado mediante remuneração, para que seja considerada prestadora de serviços regida pelo CDC. 2. Segundo a jurisprudência do STJ gera dano moral a recusa injustificada da seguradora em cobrir o tratamento de saúde requerido pelo segurado. 3. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento..¹¹¹**

110 . Tribunal de Justiça do Ceará. Processo: 0014660-86.2016.8.06.0101 – Apelação. Julgamento: 13/12/2017.

Disponível em: <[http://esaj.tjce.jus.br/cjsj/getArquivo.do?](http://esaj.tjce.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3152192&cdForo=0&vlCaptcha=nJsyt)

[cdAcordao=3152192&cdForo=0&vlCaptcha=nJsyt](http://esaj.tjce.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3152192&cdForo=0&vlCaptcha=nJsyt)>. Acessado em 21/12/2017.

111 Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.215.680 - MA (2009/0164987-1). Julgamento: 25/09/2012. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24709691&num_registro=200901649871&data=20121003&tipo=5&formato=P)

[componente=ATC&sequencial=24709691&num_registro=200901649871&data=20121003&tipo=5&formato=P](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24709691&num_registro=200901649871&data=20121003&tipo=5&formato=P)DF>. Acessado em 21/12/2017.

Pelos acórdãos acima, fica evidente que, nos casos de erro médico ocorridos no âmbito de instituições privadas, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) disciplinará a relação jurídica consumerista gerada.

No próximo item deste capítulo será discutida a importância do consentimento informado no contexto da responsabilização por erro médico e, no último capítulo, discutiremos a responsabilidade civil do Cirurgião Plástico.

1.7. A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO E A SUA APLICAÇÃO NO ERRO MÉDICO

Atualmente, cada vez mais o paciente quer torna-se parte ativa em seu próprio tratamento, decidindo, em conjunto com o seu médico, quais passos serão tomados. Para isso, é fundamental que o médico informe o paciente sobre eventuais riscos e possíveis complicações existentes em determinado tratamento para que, assim, o paciente possa pesar os riscos e benefícios da terapêutica e, se entender que os benefícios serão maiores que os prejuízos, assinar o consentimento. O Código de Ética Médica em vigor no país e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11/09/1990, impõem ao médico o dever de informação ao seu paciente sempre que a situação assim exigir. Desta forma, vejamos o que diz cada um desses diplomas, respectivamente:

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Capítulo IV

DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.¹¹².

Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

112 Conselho Federal de Medicina (CFM). Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp>. Acessado em 21/12/2017.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

(...)

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.¹¹³.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem¹¹⁴.

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)(...)”

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes¹¹⁵.

Considerando o dever de informação por parte do médico em relação ao seu paciente, foi criado o instrumento do **Consentimento Informado**, já largamente utilizado na prática médica com um meio eficiente de suprir as informações mais relevantes sobre os possíveis riscos decorrentes da terapêutica proposta a fim de permitir ao paciente decidir se, realmente, está disposto a submeter-se àquela terapia. Vejamos o que diz o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro acerca do Consentimento Informado:

Trata-se de um documento no qual o paciente ou seu representante legal toma conhecimento de sua doença e chances de reversibilidade da mesma, alternativas de tratamento, efeitos adversos esperados e prognósticos. Esse documento é lido e assinado pelo médico e pelo paciente, no momento de seu diagnóstico, pactuando a conduta a ser tomada. Termos de Consentimento Informado também devem ser assinados sempre que houver alguma situação na qual seja necessária a anuência do paciente para a realização de procedimentos invasivos ou alteração de conduta previamente combinada. Através desses documentos, são formalizados pactos entre médico e paciente quanto ao tratamento e seus riscos. O médico sai de sua posição de absoluta supremacia na decisão do destino do paciente e partilha,

113 Conselho Federal de Medicina (CFM). Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>. Acessado em 21/12/2017.

114 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acessado em 21/12/2017.

115 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acessado em 21/12/2017.

com o mesmo, expectativas e receios¹¹⁶.

Assim, o Consentimento Informado tornou-se, praticamente, um pré-requisito na relação médico-paciente na prática da medicina contemporânea. O próprio Poder Judiciário, quando julga demandas sobre erro médico, também entende que o Consentimento Informado é fundamental e vê com maus olhos quando ele é inexistente. A seguir alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sob a ótica da realização do Consentimento Informado, quando do erro médico:

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.815 - MG (2010/0025531-0). RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. RECORRENTE: FERNANDA DE SOUZA PANTA. ADVOGADO: SILVIO DE ASSIS MARINHO FILHO. RECORRIDO: CARLOS FERNANDO HUDSON NASCIMENTO. ADVOGADO: IVAN GUIMARÃES POMPEU E OUTRO(S). EMENTA RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.** 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. **Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.** RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (Grifo nosso)¹¹⁷.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 818.144 - SP (2006/0194230-5). RELATOR: MINISTRO ARI PARGENDLER. AGRAVANTE: SÉRGIO PASSEROTTI. ADVOGADOS: DAYSE MARIA ANDRADE ALENCAR E OUTRO(S). GABRIELLA FREGNI E OUTRO(S). AGRAVADO: MARIA APARECIDA HERNANDES DOS SANTOS. ADVOGADO: SÉRGIO RICARDO RODRIGUES E OUTRO EMENTA CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação.** Agravo regimental não provido (Grifo nosso)¹¹⁸.

116 Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ). **Bioética e Medicina**. Comissão de Bioética do CREMERJ. Rio de Janeiro: Navegantes Editora e Gráfica, 2006, pág. 79

117 Superior Tribunal de Justiça (STJ). RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.815 - MG (2010/0025531-0). Julgamento: 19/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11574843&num_registro=201000255310&data=20100826&tipo=5&formato=P DF>. Acessado em 22/08/2010.

118 Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 818.144 - SP

RECURSO ESPECIAL Nº 436.827 - SP (2002/0025859-5). RELATOR: MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR. RECORRENTE: AGENOR MELO FILHO. ADVOGADO: MAURÍCIO RHEIN FELIX E OUTROS RECORRIDO: MARIA BENEDITA FABEL E OUTRO. ADVOGADO: LAURO MALHEIROS FILHO E OUTROS. EMENTA **RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional.** As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (Grifo nosso). ¹¹⁹.

Como é possível depreender dos julgados acima, a aplicação do Consentimento Informado é vista por essa elevada Corte como um ato de cautela e de boa-fé objetiva por parte do médico que o pratica. Entretanto, a sua ausência, pelo contrário, pode inclusive representar negligência no exercício profissional, por deixar o paciente alheio de informações acerca de seu tratamento, sendo passível de responsabilização civil, através da reparação por perdas e danos.

Portanto, a rotina da aplicação do Consentimento Informado deve ser diária por parte do médico, a fim de que ele possa aproximar-se do paciente, fortalecendo a relação médico-paciente, permitindo dessa forma uma pró-atividade do paciente na sua própria terapêutica.

A seguir, discute-se a responsabilidade civil do Cirurgião Plástico, que é mais complexa do ponto de vista técnico, de modo que, após o levantamento bibliográfico até então realizado, é possível aprofundar a discussão da questão.

(2006/0194230-5). Julgamento: 09/10/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3342709&num_registro=200601942305&data=20071105&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 22/08/2010.

119 Superior Tribunal de Justiça (STJ). RECURSO ESPECIAL Nº 436.827 - SP (2002/0025859-5). Julgamento: 01/10/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=538643&num_registro=200200258595&data=20021118&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 22/08/2010.

CAPÍTULO 2: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

O Cirurgião Plástico pode atuar em duas áreas diferentes: nas cirurgias estéticas (embelezadoras) e nas cirurgias reconstrutivas (reparadoras). Quando esse profissional é acusado de erro médico no âmbito das cirurgias reconstrutivas, indiscutivelmente a doutrina entende que a obrigação será considerada de meio. Já no âmbito das cirurgias embelezadoras, a doutrina diverge quanto ao tipo de obrigação: parcela majoritária entende tratar-se de uma obrigação de resultado; porém, uma parcela minoritária entende que, mesmo nesses casos de cirurgias estéticas, a obrigação seria também considerada de meio. Mesmo dentro do Poder Judiciário, há divergências, havendo decisões entendendo a obrigação ora de resultado, ora de meio para as cirurgias plásticas embelezadoras.

Como aprofundando no capítulo anterior, no item 1.5, a obrigação de resultado é vislumbrada dentro da percepção da responsabilidade subjetiva em que há uma presunção de culpa por parte do agente e, para elidi-la, deve ele provar que não agiu com culpa, ou que não havia nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano (há uma inversão do ônus probatório a favor da vítima). Há, entretanto, quem extrapole o entendimento da obrigação de resultado para uma responsabilidade objetiva em que a discussão da culpa do agente torna-se algo irrelevante. Entretanto, entende-se, neste trabalho, que a responsabilidade objetiva não deve ser aplicada para compreensão da obrigação de resultado e, sim a responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, quando trata-se, de forma específica, de obrigações envolvendo resultado.

Na doutrina, há ainda muita divergência sobre a obrigação do cirurgião plástico em cirurgias estéticas ser de resultado ou de meio. Nehemias Domingos de Melo sustenta que as cirurgias plásticas estéticas são compreendidas dentro da ótica das obrigações de resultado através da responsabilização objetiva com presunção de culpa do agente:

(...) quando alguém busca os serviços de um cirurgião plástico com a finalidade de melhorar sua aparência não irá se submeter aos riscos de uma cirurgia e ao pagamento de vultuosa quantia, se não obtiver do profissional garantias de sucesso quando ao fim colimado. Dessa forma, o **médico assume obrigação de resultado e responderá pelo eventual insucesso da empreitada.**

(...)

Nestas circunstâncias, a cirurgia não vindo a atender às expectativas do paciente, poderá ensejar **a responsabilização do profissional médico que, embora continue sendo subjetiva, responderá com culpa presumida, cabendo-lhe o ônus de demonstrar a ocorrência de fatos ou atos que**

possam ilidir o dever de indenizar. Nesse sentido já se decidiu que a relação jurídica travada entre o cirurgião plástico e a paciente que visa preponderantemente ao embelezamento envolve obrigação de resultado, porquanto atividade médica que extrai da vaidade humana substancial fonte de renda e que, portanto, se submete, com mais rigor, por imperativo lógico-jurídico, às normas protetivas do consumidor¹²⁰.

Já Miguel Kfoury Neto posiciona-se no sentido de uma responsabilização de meio do cirurgião plástico no âmbito da cirurgia plástica estética, como é possível deprender da sua obra “Responsabilidade Civil do Médico”, na qual ele cita Luís O. Andorno:

Em recente publicação, Luís O. Adorno expõe as seguintes reflexões: 'Se bem que tenhamos participado durante algum tempo deste critério de ubicar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão levou-nos à conclusão de que resulta **mais adequado não fazer distinções a respeito, ubicando também a cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência**'.

Para o jurista plantino, o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, revela-se imprevisível em numerosos casos. Acrescenta que toda intervenção sobre o corpo humano é aleatória. Anota, por fim, que a doutrina e jurisprudência francesa têm se orientado nesse sentido.

E arremata: 'A nosso juízo, **o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente**¹²¹.

Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas (2009) também posiciona-se no sentido de considerar as cirurgias plásticas estéticas como obrigações de meio:

O que se pretende demonstrar é que, sob todos os aspectos, a **cirurgia plástica é intervenção cirúrgica equiparável a todos os demais procedimentos cirúrgicos, e que as reações do organismo humano são imprevisíveis e consequências indesejadas podem sobrevir, ainda que toda a técnica, recursos disponíveis, prudência e perícia tenham sido empregados ao caso concreto**, não se podendo, por sua vez, simplesmente culpar o médico pelo infortúnio, por ele também não desejado¹²².

Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas (2009) ainda complementa, citando Antônio Ferreira Filho e Alex Pereira, autores de “*Instituições de Direito Médico*”, a fim de defender a ideia de que a cirurgia plástica estética é uma obrigação de meio:

Impor à cirurgia plástica estética a pecha de obrigação de resultado é,

120 MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 140.

121 KFOURY NETO, Miguel: “*A Responsabilidade Civil do Médico*”. 4ª Edição rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 176-177.

122 DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 151.

ao nosso ver, grande preconceito, existente em tempos longínquos, além de negar o próprio sistema biológico de cada ser humano que, por vezes, se mostra rebelde, seja numa cauterização de um verruga ou numa cirurgia de mama para a colocação de prótese, com finalidade de aumentá-la de tamanho.

Partir da ideia de que o cirurgião plástica já tem, intrinsecamente, em caso de alegação do paciente de mau resultado, culpa no suposto evento danoso (culpa presumida) é colocar sobre seus ombros um fardo muito pesado, totalmente desvirtuado da realidade e do bom-senso¹²³.

A grande maioria das decisões judiciais apoiam-se na ideia de que a cirurgia plástica estética é uma obrigação de resultado; entretanto, é possível encontrar decisões que entendem de maneira diferente, no caso, que as cirurgias plásticas estéticas poderiam ser vislumbradas como obrigações de meio:

Não me parece, data venia, que se possa classificar uma cirurgia, e nesse plano as cirurgias plásticas se equiparam às de qualquer outra espécie, de obrigação de resultado, porque, como se sabe, quando se trata de mexer com a fisiologia humana, além da técnica empregada pelo médico, havida no conhecimento específico, há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecimento, chama de imprevisível. (...) Nenhum homem seria capaz de afirmar que uma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso. Sintetizando: não há cirurgia sem risco (Grifo nosso)¹²⁴.

Prova – Responsabilidade civil médica por cirurgia plástica malsucedida – Atividade médica como obrigação de meios e não de resultado – Necessidade de a autora provar a culpa do profissional – Impossibilidade de inversão do ônus da prova – CCB, art. 1.545 – Inaplicabilidade da Lei nº 8.078/90 (CDC), art. 6º, VIII, em face do art; 14, § 4º.

A obrigação médica é de meio e não de resultado, depende, portanto, de prova daquele que se disser prejudicado. Estando, desta forma, a responsabilidade civil dos médicos fundada na teoria da culpa (CCB, art. 1.545), inaplicável à espécie o dispositivo no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, mesmo porque o próprio Código, em seu art. 14, § 4º, exclui a possibilidade da pretendida inversão do onus probandi. Recurso improvido¹²⁵.

Como dito, majoritariamente, a jurisprudência tem entendido a obrigação do cirurgião plástico, em cirurgias plásticas estéticas, como sendo de resultado; porém, há ainda magistrados que pensam de forma diferente, considerando que, mesmo em cirurgias plásticas embelezadoras prevaleceria a obrigação como sendo de meio, pois há fatores biológicos do próprio paciente que o cirurgião plástico não tem como controlar com total eficácia. Logo, o

123 DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 150.

124 DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 152 apud Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), voto do Des. Carpena Amorim. (TJRJ, Ap. Cív. Nº 1.239/90, 25.09.1990, ADV/COAD, Se. Jur., maio/1994, p.78).

125 DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 153 apud Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), Ag. de Instr. Nº 34.834-1, julg. 20/06/1995.

profissional que garante ao seu paciente, com 100% de certeza, que o resultado será atingido, com intuito de não perder “freguesia”, está, na verdade, enganando-o, pois está ignorando que existem fatores próprios de cada organismo que, às vezes, não são controláveis.

Este trabalho alinha-se à parcela de magistrados que entende que, mesmo em cirurgias plásticas estéticas, a obrigação permaneceria como sendo de meio, pelos motivos já expostos acima (no caso, a existência de fatores biológicos próprios do organismo do paciente que não são completamente controláveis pelo cirurgião plástico e que impedem esse cirurgião de garantir ao paciente, **com uma certeza plena**, o êxito no procedimento cirúrgico).

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou mostrar, através do contexto histórico, os motivos que explicam uma maior prevalência de processos judiciais por erro médico na sociedade brasileira contemporânea, demonstrando que a relação médico-paciente sofreu um processo de precarização ao longo dos anos, com maior impulso após o período da implantação da indústria nacional, por volta da metade do século XX. Com essa precarização e com o aumento de demandas por erro médico, surgiu um comportamento entre os médicos de solicitação de exames desnecessários com intuito de se proteger: a chamada “medicina defensiva”, que impactou financeiramente tanto a medicina pública como a privada, elevando os custos de ambas, mas, obviamente, afetando os mais pobres de forma direta, pois eram os que não tinham condições de pagar por saúde, logo o sistema público de saúde tornou-se a sua única opção.

O Poder Judiciário também sofreu reflexos com a judicialização importante da medicina e da saúde, pois se viu obrigado a realizar uma reforma administrativa interna que pudesse continuar a dar conta da enorme quantidade de demandas que foram surgindo.

Com o passar dos anos, investir em processos judiciais em erro médico tornou-se um negócio interessante e lucrativo, assim nasceu a “indústria do processo” do erro médico. Junto com essa “indústria”, surgiram diversas ofertas de serviços de assistência jurídica aos profissionais médicos e seguradoras, que começaram a contratar seguros de responsabilidade profissional médica. A “indústria do erro médico” é uma realidade recente no Brasil, mas nos Estados Unidos da América (EUA), essa já está bem consolidada. Possivelmente, a tendência é que a “indústria do processo” por erro médico, no Brasil, desenvolva-se e venha a tornar-se, muito similar com a já existente, atualmente, nos EUA.

Conceituou-se o erro médico e a seguir definiram-se as esferas que o médico pode ser responsabilizado por um erro profissional: tanto no âmbito administrativo quanto judicial. Realizou-se um aprofundamento da responsabilidade civil do médico. Demonstrou-se que, em regra, a responsabilidade do médico é contratual, na qual o médico assume a posição de fornecedor e o paciente de consumidor, mas de forma excepcional, ela pode ser considerada não-contratual, como no caso de atendimentos emergenciais de médicos a pessoas na rua, por exemplo. Discutiram-se os elementos fundamentais para a configuração do erro médico, como a conduta, o dano e o nexo causal e as suas excludentes, além das responsabilidades subjetivas (em que o elemento culpa é fundamental: negligência, imprudência e imperícia) e objetiva

(em princípio não deve ser aplicada ao profissional, pois não valoriza o elemento culpa). Abordaram-se as obrigações de meio e de resultado, sendo que nas de meio o profissional não se compromete com o resultado, mas deve buscá-lo com toda a sua técnica e as obrigações de resultado que envolvem presunção de culpa pelo agente e o ônus probatório que é invertido em favor da vítima. Analisou-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Código Civil de 2002 (CC/2002) na relação entre médico e paciente, sendo que o CDC é aplicado apenas quando, entre médico e paciente, estabelece-se uma relação de consumo; em situações em que a relação consumerista não se configura, aplica-se o Código Civil.

Realizou-se breve revisão sobre a importância da aplicação do Consentimento Informado, que informa o paciente sobre eventuais riscos do tratamento, cumprindo dessa forma os preceitos de dever de informação tanto do Código de Ética Médica quanto do próprio CDC. Além disso, verificou-se que a aplicação do Consentimento Informado demonstra a boa-fé objetiva do médico perante o paciente e afasta uma responsabilização por negligência profissional do médico por descumprir o dever de informar. Ainda é relevante lembrar que o Consentimento Informado fortalece a relação médico-paciente.

Finalmente, estudou-se a responsabilidade civil do cirurgião plástico, que é de meio nas cirurgias tidas como reparadoras ou reconstrutivas. Nas cirurgias plásticas estéticas, a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem tratar-se de uma obrigação de resultado que seria vislumbrada pela responsabilidade subjetiva com presunção de culpa pelo agente (médico), mas parcela minoritária compreende que, mesmo tratando-se de cirurgias embelezadoras, a obrigação deveria ser entendida como de meio, pois o profissional não tem como garantir na totalidade o sucesso do procedimento, pois há fatores biológicos do próprio paciente que não são passíveis de um controle completamente seguro.

Este trabalho posicionou-se no sentido de compreender a responsabilidade do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas dentro da realidade de uma obrigação de meio, conforme entendimento minoritário atual, mas salienta-se que a jurisprudência não é fixa e que mudanças podem ocorrer no sentido de valorizar, futuramente, esse entendimento que tenta-se compartilhar aqui. A mera reprodução em alegar que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado e não de meio, em cirurgias estéticas, apenas porque a jurisprudência majoritária entende dessa maneira sem realizar, para isso, um processo reflexivo sobre o tema e com uma justificativa que embasa tal entendimento é simplesmente negar o desenvolvimento do direito dentro de uma sistemática lógico-jurídica. O presente trabalho não

objetiva estabelecer uma verdade absoluta sobre o questionamento da obrigação do cirurgião plástico ser de meio ou de resultado no âmbito das cirurgias embelezadoras, mas trazer para a temática, uma reflexão mais aprofundada a fim de que se possa estimular o surgimento de novos entendimentos que possibilitem aprimorar ainda mais o direito nessa pauta, em específico.

Assim, acredita-se que essa monografia tenha trabalhado em profundidade aspectos relevantes para a compreensão detalhada do erro médico na nossa sociedade brasileira contemporânea, explorando tanto aspectos jurídicos, como científicos, sociais e políticos, colaborando para o enriquecimento mútuo tanto da área jurídica quanto da área médica. Logicamente, o erro médico é um assunto muito vasto e instigante e este trabalho não tem a pretensão de esgotá-lo, mas apenas de contribuir para o enriquecimento do estudo nesta área.

BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20M%C3%89DICO.doc>. Acessado em: 01/12/2017.
- ANADEM. Disponível em: <<http://anadem.org.br/site/seguro-de-responsabilidade-civil-na-medicina/>>. Acessado em: 27/09/2017.
- Andina Corretora de Seguros. Disponível em: <<http://www.andinaseguros.com.br/responsabilidade-civil-medicos-dentistas/>>. Acessado em: 27/09/2017.
- Apelação Cível nº N° 70038593497. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), Quinta Câmara Cível, Acórdão de 15/12/2010, Página 5.
- BERNARDES, Amanda. *O médico e a indústria do dano*. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36673/o-medico-e-a-industria-do-dano>>. Acessado em: 21/09/2017.
- BIANCHI, Fernando. **Crescimento das ações judiciais e reclamações éticas contra médicos**. Publicado em 21/10/2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/crescimento-das-acoes-judiciais-e-reclamacoes-eticas-contra-medicos/>>. Acessado em: 02/01/2018.
- BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. In: DireitoNet em 04/01/2008. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>>. Acessado em: 18/12/2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Portaria Nº 650 de 20/11/2009. **Publicada no DOU, Seção 2, em 24/11/09, p. 35-36, e no DJ-e nº 201/2009, em 24/11/09, p. 3**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=496>>. Acessado em: 18/09/2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Portaria Nº 70 de 30/04/2010. DJE/CNJ nº 81/2013, de 3/5/2013 p. 15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1738>>. Acessado em: 19/09/2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 31 de 30/03/2010. **DJE/CNJ nº 61/2010, de 07/04/2010, p. 4-6**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acessado em: 18/09/2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 31 de 30/03/2010 (íntegra do documento), p. 2-3. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acessado em: 18/09/2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 31 de 30/03/2010 (íntegra do documento), p. 3. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acessado em 19/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 31 de 30/03/2010 (íntegra do documento), p. 4. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acessado em: 19/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Recomendação Nº 43 de 20/08/2013 . **DJE/CNJ nº 157/2013, de 21/8/2013, p. 2** . Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1823>>. Acessado em: 19/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Resolução Nº 107 de 06/04/2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acessado em: 19/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Resolução Nº 238 de 06/09/2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acessado em: 20/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Resolução Nº 238 de 06/09/2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acessado em: 20/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. II Jornada de Direito da Saúde: A Justiça faz bem a Saúde, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acessado em: 19/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (13/09/2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>>. Acessado em: 21/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (13/09/2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83421-sistema-dara-respaldo-tecnico-a-juizes-em-decisoes-sobre-demandas-de-saude>>. Acessado em: 20/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (19/07/2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82862-forum-discute-aco-es-para-reduzir-judicializacao-da-saude-no-rs>>. Acessado em: 20/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (23/04/2015). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-aco-es-com-demandas-de-saude>>. Acessado em: 21/09/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias (26/04/2011). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acessado em: 21/09/2017.

BRASIL. **Constituição Federal – Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acessado em: 29/11/2017.

BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>

BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

- BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>
- BRASIL. Portal do TRF4. Notícias (13/07/2016). Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12050>. Acessado em: 20/09/2017.
- BRASIL. Portal do TRF4. Notícias (13/07/2016). Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12050>. Acessado em: 20/09/2017.
- CANAL, Raul. **Seguro de responsabilidade civil na medicina**, 2016. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/seguro-de-responsabilidade-civil-na-medicina-edwaldo-russell>>. Acessado em: 21/09/2017.
- CARVALHO, Bruno Ramalho de, et alii. **Erro Médico**: implicações éticas, jurídicas e perante o Código de Defesa do Consumidor In: Revista Ciências Médicas. Campinas/SP, 15(6): 539-545, nov./dez., 2006.
- COLTRI, Marcos Vinícius. **O médico e o custo para provar sua inocência**. Disponível em: <<http://www.ducatri.com.br/diferencial/rcp.pdf>>. Acesso em: 21/09/2017.
- Conselho Federal de Medicina (CFM). Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp>. Acessado em: 21/12/2017.
- Conselho Federal de Medicina (CFM). Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>. Acessado em: 21/12/2017.
- Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2145>>. Acessado em: 29/11/2017.
- Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2145>>. Acessado em: 29/11/2017.
- Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ): “*Bioética e Medicina*”, Comissão de Bioética do CREMERJ, - Rio de Janeiro: Navegantes Editora e Gráfica, 2006, pág. 79.
- Conselho Regional do Estado de Santa Catarina. Manual de Orientação Ética e Disciplinar, volume 1, 2ª Edição, 2000. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/regional/crmsc/manual/parte3d.htm>>. Acessado em: 29/11/2017.
- COTES, PALOMA: “*Bisturis nos tribunais*”, Revista Época, 2005. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR70591-6014,00.html>>. Acessado em: 18/12/2017.
- COUTO FILHO, Antônio Ferreira. **Indústria do Dando**: mais de 70% de ações contra médicos são improcedentes. In: Revista Consultor Jurídico, 2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-nov29/70_acoes_medicos_sao_improcedentes>. Acessado em: 17/09/2017.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR; Delton. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2009.

Diário de Notícias (DN), jornal português. Publicação de 22/07/2011. Disponível em: <<https://www.dn.pt/ciencia/saude/interior/oms-mais-perigoso-ir-ao-hospital-que-andar-de-aviao-1924046.html>>. Acessado em: 19/12/2017.

ERRO médico mata mais que câncer no Brasil. **Revista Veja**. Publicação em 16/12/2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/erro-medico-mata-mais-que-cancer-no-brasil/>>. Acessado em: 18/12/2017.

ERROS médicos são terceira causa de morte nos Estados Unidos. **Revista Istoé**. Publicação de 03/05/2016. Disponível em: <<https://istoe.com.br/erros-medicos-sao-terceira-causa-de-morte-nos-estados-unidos/>>. Acessado em: 18/12/2017.

EXAMES com resultado normal são desperdício para o SUS. BOL Notícias, 08/04/2017. Disponível em: <<https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/ciencia/2017/04/08/exames-com-resultado-normal-sao-desperdicio-para-o-sus-diz-ministro-da-saude.htm?cnpid=copiaecola>>. Acessado em: 21/09/2017.

FORSTER Seguros. Disponível em: <<http://www.forsterseguros.com.br/responsabilidade-civil/rc-profissional/medicos-e-dentistas?mtc=014&gclid=CIrR2crsxtYCFQkKjQod6csDUQ>>. Acessado em: 27/09/2017.

GROSSEMAN, Suely; PATRÍCIO, Zuleica Maria: **A Relação Médico-Paciente e o Cuidado Humano: Subsídios para Promoção da Educação Médica**. REVISTA BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO MÉDICA. Rio de Janeiro, v .28, nº 2, maio/ago. 2004, página 101. Disponível em: <<http://doczz.com.br/doc/606916/a-rela%C3%A7%C3%A3o-m%C3%A9dico-paciente-e-o-cuidado-humano>>. Acessado em: 02/01/2018.

GOMES, Júlio César Meirelles et alii. **Erro Médico**. 2ª Ed., Editora: Unimontes, 2000.

Jusbrasil (site). Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. Apelação: APL 10176740420148260577 SP 1017674-04.2014.8.26.0577. Data do Julgamento: 16/10/2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253895769/apelacao-apl-10176740420148260577-sp-1017674-0420148260577>>. Acessado em: 18/12/2017.

Jusbrasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível : AC 70053811626 RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112922114/apelacao-civel-ac-70053811626-rs>>. Acessado em: 18/12/2017.

Jusbrasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Embargos de Declaração : ED 70057037178 RS. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113363430/embargos-de-declaracao-ed-70057037178-rs?ref=juris-tabs>>. Acessado em: 18/12/2017.

KFOURI NETO, Miguel. **A Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Lex Administradora e Corretora de Seguros Ltda. Disponível em:

<<http://www.lexseguros.com.br/rc-medicos-e-dentistas.html>>. Acessado em 27/09/2017.

Manual de Padronização de Atos Oficiais Administrativos do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2013, p.53, 61. Disponível em:

<https://issuu.com/erondecastro/docs/manual_de_padroniza_o_de_atos_of>. Acessado em: 18/09/2017.

MAPFRE. Disponível em: <<https://www.mapfre.com.br/seguro-br/para-voce/outros-seguros/rc-profissional/medico/>>. Acessado em: 27/09/2017.

MEIRELLES, Hely Lopes et alii. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora: Malheiros, 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

PERES, Paula Rodrigues. *A responsabilidade civil do estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7040>. Acessado em: 01/12/2017.

PINHEIRO, Renato de Assis. **A judicialização da medicina**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57500/a-judicializacao-da-medicina>>. Acessado em 05/09/2017.

Programa STJ Cidadão. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=km-D1n-xlOM>>. Acessado em: 06/09/2017.

Revista Plástica Paulista nº 62, ano 16, de Janeiro/Fevereiro/Março de 2017, p.12-16.

ROHDE, Luiz; OSVALDT, Alessandro Bersch. **Rotinas em cirurgia digestiva**. 3.ed. - Porto Alegre: Artmed, 2018, página 893.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico: inversão do ônus da prova**. 4ª Edição. Editora Juruá. Curitiba, 2016.

Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre. Histórico. Disponível em: <<https://www.santacasa.org.br/pt/institucional/historico>>. Acessado em: 02/01/2018.

SEGPRO Seguros Profissionais. Disponível em: <http://www.segpro.com.br/rcp-medicos.php?gclid=EAIaIQobChMIluD_r-zG1gIVBwaGCh0SBQ5EEAAYASAAEgKV9PD_BwE>. Acessado em: 27/09/2017.

Sindicato Médico do Rio Grande do Sul – SIMERS, Assessoria Jurídica. Disponível em:

<http://www.simers.org.br/custom_type/assessoria-juridica/>. Acessado em: 29/09/2017.

STACCIARINI, David Castro **Erro Médico: a Maior Pesquisa já realizada sobre Processos Indenizatórios nos Estados Unidos**. Jusbrasil: 2015. Disponível em:

<<https://davidcastrostacciarini.jusbrasil.com.br/artigos/160810097/erro-medico-a-maior-pesquisa-ja-realizada-sobre-processos-indenizatorios-nos-estados-unidos>>. Acessado em:

18/12/2017.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.215.680 - MA (2009/0164987-1). Julgamento: 25/09/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24709691&num_registro=200901649871&data=20121003&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 21/12/2017.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.471.694 - MG. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42443742&num_registro=201401884372&data=20141202&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 20/12/2017.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.815 - MG (2010/0025531-0). Julgamento: 19/08/2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11574843&num_registro=201000255310&data=20100826&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 22/08/2010.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 818.144 - SP (2006/0194230-5). Julgamento: 09/10/2007. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3342709&num_registro=200601942305&data=20071105&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 22/08/2010.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.406.707 - SC (2013/0321942-3), julgado de 07/08/2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36865845&num_registro=201303219423&data=20140819&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 01/12/2017.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.132.658 - MG (2009/0062625-8), julgado de 21/08/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23432953&num_registro=200900626258&data=20120829&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 01/12/2017.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). RECURSO ESPECIAL Nº 1.187.456 – RJ. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12976451&num_registro=201000330585&data=20101201&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 20/12/2017.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). RECURSO ESPECIAL Nº 436.827 - SP (2002/0025859-5). Julgamento: 01/10/2002. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=538643&num_registro=200200258595&data=20021118&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 22/08/2010.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 513.604 - RS (2014/0109288-9), julgado de 07/08/2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36865845&num_registro=201303219423&data=20140819&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em: 01/12/2017.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). RECURSO ESPECIAL Nº 985.888 - SP (2007/0088776-1). Julgamento: 16/02/2012, Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1123401&num_registro=200700887761&data=20120313&for>

mato=PDF>. Acessado em: 02/01/2018.

Tribunal de Justiça do Ceará. Processo: 0014660-86.2016.8.06.0101 – Apelação. Julgamento: 13/12/2017. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3152192&cdForo=0&vlCaptcha=nJsyt>>. Acessado em 21/12/2017.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Apelação Cível nº 70074148396, Inteiro Teor. Data de Julgamento: 27/09/2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074148396&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_q=&requiredfields=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=>>. Acessado em 02/01/2018.