

## IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO ERRO MÉDICO

Eduarda Martins da Silva  
Flávia Christiane Cruvinel Oliveira  
Sergio Augusto Santos de Moraes

### RESUMO

A monografia apresentada tem como intuito tratar acerca da responsabilidade civil e penal, com foco no erro médico. De início, será feita uma análise acerca da responsabilidade deste ramo de profissionais, por conseguinte, será apresentado um estudo quanto as especialidades de culpa, com enfoque a natureza jurídica e as suas obrigações, exprimindo, ainda, sobre as obrigações. Em sequência, tratará em específico sobre a responsabilidade dos ramos e espaços da medicina, analisando supressivos de responsabilidade, a culpa e seus ramos se os direitos e obrigações do médico.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil; Erro Médico; Vulnerabilidade.

### ABSTRACT

*The present work aims to deal with civil and criminal liability, with a focus on medical error. At first, an analysis will be made about the responsibility of this branch of professionals, therefore, a study will be presented regarding the specialties of guilt, focusing on the legal nature and its obligations, also expressing on the obligations. In sequence, it will deal specifically with the responsibility of the branches and spaces of medicine, analyzing suppressors of responsibility, guilt and its branches and the rights and obligations of the doctor.*

**Keywords:** *Civil responsibility; Medical error; Vulnerability.*

## **1 INTRODUÇÃO**

No presente trabalho foi feita uma abordagem do erro médico, que tem por intuito discorrer acerca das responsabilidades inerentes ao profissional cabível para realização de procedimentos hospitalares, ou seja, serão apresentadas as implicações que ocorrem nos procedimentos e nas cirurgias em âmbito da saúde, os quais, que por vezes, podem ser cruciais ao ponto de provocarem danos irreparáveis ao paciente, sendo este, um dano moral, material, ou até mesmo que conseqüentemente podem ocasionar a morte.

Ademais, trata e levanta estudos acerca das responsabilidades cíveis e penais destes profissionais de saúde, bem como a importância de provas lícitas para chegar a uma condenação.

O aumento do número de demandas no conselho de Medicina, que buscam a condenação por infração ética, e no Poder Judiciário, em busca de reparação quanto as responsabilidades civil ou penal, que conseqüentemente caracterizam-se erro médico.

O foco principal do trabalho é levantar as espécies de responsabilidades que podem ser cabíveis ao erro médico. Os objetivos específicos consistem em avaliar o erro médico, que podem ser causados por negligência, imprudência ou imperícia, tem ainda como foco analisar as espécies de responsabilidades que se aplicam ao erro médico; como por exemplo, verificar certas hipóteses que se caracterizam como erro de conduta no caso da falha médica.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL**

Segundo SÉRGIO CAVALIERI (2007) deve-se atentar com a diferença entre culpa e responsabilidade. A responsabilização civil é caracteriza pela obrigação que o agente que causa o dano tem de restaurar, com o ônus de indenizar à vítima, cumprindo os requisitos: Ação ou omissão, liame de causalidade e o dano ocasionado. Bem como observado por José de Aguiar Dias:

“A teoria da culpa, resumida, com alguma arrogância, por VON IHERING, na fórmula ‘sem culpa, nenhuma reparação’, satisfaz por dilatados anos à consciência jurídica, e é, ainda hoje, tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insignes aos que ousam proclamar a sua insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção em si mesma.”. (DIAS, 2006).”

Segundo Dias (2006), o sentido de responsabilização por danos acarretados, nos primórdios do surgimento deste instituto, tinha um caráter coletivo (assemelhado ao que são nomeados de princípio da repartição dos encargos, que ainda se aplica em alguns casos quando a coletividade responde solidariamente por um fato danoso ocorrido dentro da sua autonomia de convivência). A responsabilidade civil demarca-se na fralde patrimonial do indivíduo e aflige-se apenas com a recuperação da ordem encadeada pelo dano patrimonial ou extrapatrimonial.

Já quando ordens ou regras são descumpridas, estas são identificadas como crime pela lei federal, sendo assim considerando o fato de que o agente violou sua responsabilidade penal; esta não estará vinculada com o avanço da ordem moral ou econômica. Marco Aurélio Bezerra de Melo, explica:

“Os bens jurídicos tutelados na responsabilidade penal guardam relação com os valores fundamentais para a coexistência do corpo social como vida, liberdade, patrimônio, integridade física e moral, enquanto que na responsabilidade civil a tutela do cidadão está vinculada principalmente à garantia da reparação de um mal sofrido injustamente, seja porque atingiu o patrimônio, seja porque vulnerou valores inerentes à personalidade como dignidade, imagem e honra (...) durante muito tempo tais responsabilidades – civil e penal – caminharam juntas, como, por exemplo, na lei romana *damnum iniuria datum*, ou por aqui, quando vigorou o Código Criminal do Império (1830), que estabeleceu tipos penais, os mais variados, mas destinou um capítulo inteiro para a reparação civil de cunho patrimonial. Nos tempos que correm há uma autonomia relativa entre as duas responsabilidades, como se pode ver no artigo 935 do Código Civil: “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” (MELO, 2018, p.17.)”

Consoante com artigo 5, XXXIX, da Constituição Federal (2018) o Princípio *Nula Poena Sine Lege* (nenhuma punição sem lei) é a base da responsabilização penal, logo, não poderá haver fato criminoso ou sanção sem lei que os configurem anteriormente.

Visto isso, o legislador apresenta nos Códigos Penais os crimes que trazem desordem à paz social e que acarretam ao agente responsabilidade penal. Já em extensão do poder civilista, se houver omissão ou ação que seja capaz de lesar ou trazer prejuízo a terceiro, ocasionará a responsabilidade civil.

No Brasil as jurisdições civil e penal são independentes. Entretanto, algumas situações refletem a decisão penal na decisão cível. Silvio de Salvo Venosa disserta que:

“De início há um divisor de águas entre a responsabilidade penal e a civil (...) Como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, em princípio da responsabilidade penal ocasiona o dever de indenizar. Por essa razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos arts. 91, I, do Código Penal e 63 do CPP.” (VENOSA, 2018, p.464).”

No entanto, para VENOSA (2018) tais separações tornam-se relativas, visto que, quando o juiz da esfera criminal decide acerca da existência do fato e seu autor, as circunstâncias passam a gerar efeitos na esfera cível. Contudo, se alguém é absolvido na instância penal por ausência de justa causa, este poderá então ser submetido a pagar a indenização do dano, conforme as normas processuais civil.

Portanto, tal conduta ou ato podem caracterizar tanto um ilícito civil quanto um penal. No Direito privado, o foco está em reparar o dano em prol do lesado; já no Direito Penal, que se configuram como normas de Direito Público, a busca está na condenação e na melhoria em prol da sociedade. Quando as duas ações se juntam, ocasionam dois acossamentos: um em benefício da sociedade e outro a prol dos direitos privativos.

### **3 MODALIDADES DE CULPA NO ERRO MÉDICO**

Após fazer menção acerca da responsabilidade civil e penal dos médicos e ainda, relacioná-los ao erro ocasionado, passa-se ao estudo das espécies de responsabilidade civil e penal atribuídas ao profissional em casos de falha. No presente capítulo é abordada as modalidades de solecismo advindas da culpa.

#### **3.1 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E A CULPA PROVADA**

Tendo em vista que o médico alega ser capacitado para entregar seus serviços com devido comprometimento em conformidade com as técnicas utilizadas cientificamente disponíveis, sem que seja objetivado a entrega de determinado resultado, a natureza jurídica é de caráter contratual e pertence a uma típica obrigação de meio. Dito isso, a responsabilidade civil dos médicos por danos cometidos em virtude do exercício de sua função, será utilizada para a análise da culpa, três possíveis causas, a imprudência, negligência e imperícia, em termos do Código de Defesa do Consumidor, artigo 14, §4º, e do Código Civil, artigo 951.

É grande pauta de questionamento a forma que é dada aos profissionais de saúde liberais proteção jurídica diferente. Na atividade de medicina, fatores externos sempre irão acometer a concretização do contratado, visto que o resultado será analisado com outros fatores, além de ser realizada uma análise da competência, estudo aplicado ao desenvolvimento do profissional.

Portanto, no contrato médico não existe esta semelhança, em comparação a um contrato de serviços de administração. Por mais metódico que o médico possa ser, não deverá ser aplicada total responsabilização a este para que haja a cura do paciente, tendo em vista que cada organismo está sujeito a reagir a um mesmo tratamento de forma distinta.

Lisboa (2001) conceitua que a incumbência do médico tem que ser analisada pelo meio e não pelo resultado, o profissional deve deixar visível e demonstrar que teve a correta utilização dos métodos profissionalmente e que nada mais poderia ter sido aplicado, por motivos que o impossibilitasse, mesmo que tenha sido utilizado a tentativa.

Sendo assim, cabe ao Juízo competente verificar com limpidez o que ocasionou a falta. O disposto nos artigos 948, 949 e 950 do (Código Civil) poderá ser aplicado em casos de indenização devida por aquele que, em exercício da atividade profissional, por motivos de negligência, imprudência ou imperícia, vier a ocasionar a morte de outrem ou trazer quaisquer que sejam outros malefícios que poderão lhe acarretar prejuízos.

### **3.1.1 IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA**

França e Gomes (2008) alegam que: "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 negligência".

De acordo com Dioclécio Campos Júnior:

“Pretende-se que ao médico não assista o direito de errar porque a medicina lida diretamente com a vida. Mas, a vida não é apenas a antítese da morte. Sua plenitude depende igualmente da economia, da moradia, da alimentação, do direito, da educação, do lazer, da imprensa, da polícia, da política, do transporte, da ecologia. [...] Os erros cometidos pelos profissionais de qualquer uma destas áreas” (DIOCLÉCIO, 1996, p.123).”

O dano pode ser um prejuízo, ofensa material ou moral originada por alguém a outrem, seja em uma relação jurídica ou não a parte é capaz de obter

vantagem no negócio, por meio de dolo ou culpa, fazendo com que surja assim desvantagem à outra parte.

Em relações de consumidor e fornecedor, é de extrema importância que se tenha atenção em dobro para que não corra o risco de haver dano material ou moral à parte passiva.

Segundo Moraes (2003), o erro médico está "caracterizado, pela Justiça, pela presença de dano ao doente, com nexos comprovados de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais de três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência"

A palavra "imprudência" traz o significado de ausência de atenção; é a falta de cuidado no exercício de uma atividade arriscada. Ou seja, o profissional age de maneira que é capaz de prejudicar as medidas cautelares necessárias, agindo impensadamente. O médico, acima de qualquer outro profissional, deve ser prudente, visto que lida com bem um bem jurídico de suma importância: a vida.

A negligência é caracterizada pela falta de observância do médico em relação aos cuidados e normas técnicas que deveriam ser aplicadas. O médico negligente, a título de exemplificação, é aquele que realiza um exame clínico breve e receita medicamento sem eficácia baseado neste exame; ou ainda o médico que não esclarece a seu paciente o seu real diagnóstico.

A imperícia qualifica a ausência de técnica, seja esta teórica ou prática no desenvolver da atividade profissional. É a falta de conhecimento para realizar um procedimento que esteja ligado à profissão. Existe uma minoria na doutrina que diz ser muito difícil provar a falta de aptidão de um médico, visto, que este teve formação com diploma de doutor e certificação regular para o exercício da medicina. Entretanto, a maior parte da doutrina e jurisprudência é defensiva a possibilidade de que a imperícia não é algo improvável de acontecer no exercício da medicina.

A título de exemplificação, segue ementa para verificação da ocorrência de imperícia e imprudência:

"PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ERRO MÉDICO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE DECADÊNCIA AFASTADAS. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. ATIVIDADE MEIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. COMPROVAÇÃO DE NEXO CAUSAL. CONSTATAÇÃO DE IMPERÍCIA E IMPRUDÊNCIA. MÉDICOS RESIDENTE E PRECEPTOR. CULPA E DANO COMPROVADOS. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E NÃO PROVIDA. 1. Sendo o médico responsável pelo atendimento da paciente, e não havendo qualquer indício que possa afastar a sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, deve o profissional responder aos fatos que lhe são imputados. 2. Em se tratando de

pretensão de reparação de danos causados na relação médico-paciente, deve ser aplicado o disposto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, visto se tratar de relação consumerista. 3. A responsabilidade pessoal do médico é subjetiva e, por conseguinte, deve ter provada a culpa, pois incidente o § 4º do art. 14 do CDC. Há de se estabelecer um liame entre a ação ou omissão culposa do profissional e o dano sofrido pelo paciente, pois caso demonstrado que o médico não foi o causador do dano, desobrigado está de repará-lo. 4. Constatando nos documentos relativos ao prontuário da paciente, a fratura no membro correto, não há que se falar em erro do prontuário a ensejar o descuido perpetrado pelo profissional médico. 5. É de sua responsabilidade a verificação exata do problema, agindo o médico residente com imperícia, e de forma imprudente ao iniciar procedimento cirúrgico sem a devida acuidade. 6. Ressalte-se que na qualidade de médico residente, que ainda não tem a sua formação completa, deve ser este acompanhado, obrigatoriamente, por um profissional experiente, nos termos da Lei de Residência Médica e na Resolução RCRM n. 04/78. 7. Patente o dever de diligenciar no sentido de prestar de forma responsável e consciente o serviço médico, dissipando quaisquer dúvidas possivelmente existentes, diante da complexidade do caso, exigindo, para tanto, preparo e bom senso. 8. Configurado o nexo causal entre o fato e os danos causados à parte autora, devidamente comprovados, resta claro o dever de indenizar, sendo imperiosa a manutenção da sentença condenatória proferida em primeiro grau. 9. Apelação Cível conhecida e não provida.” (TJPI AC Nº 2012.0001.005537-4, Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes, 1ª Câmara Especializada Cível. Data de Julgamento: 30/10/2013).”

Levando em consideração as características subjetivas, imprevisíveis e complexas que compõem a carreira médica e tendo em vista que o paciente é considerado um consumidor e parte passiva em relações entre médico-paciente, não se deve excluir a possibilidade e nem deixar de observar que o médico, em virtude as necessidades de cada caso, também está sujeito, em situações específicas, desenvolver condições vulneráveis.

### **3.1.2 ERRO GROSSEIRO E ERRO ESCUSÁVEL**

O erro grosseiro é a maneira incorreta, incapacitante e inadvertida de quem comete o erro desavisado, devido à ausência de algumas condições profissionais Irany Novah Moraes exemplifica:

“O erro mais grotesco de que tomei conhecimento em toda bibliografia que tenho lido todos esses anos foi o do médico do fim do século XIX que, ao operar um doente, deixou cair seu pince-nez na cavidade peritoneal e, como sem ele tinha dificuldade de visão, não o encontrou. Seus óculos foram encontrados na autópsia feita no dia seguinte”. (MORAES, 2003, p. 438).”

Os erros podem advir de qualquer esfera profissional. Porém, ao se falar de médicos, e por lidarem com a vida humana, o erro será analisado de forma diferente e, em alguns casos, este será indiferente, uma vez que o médico não poderá ser cabível de responsabilização quando um acidente ocorrer em sua atividade

regular. Neste sentido, erro escusável é aquele que depende de eventuais naturais e limitados pela medicina e não inacusável aos médicos. Nesse caso, ocorrerá o erro, porém não será ação causada pelo médico, mas ainda assim, terá ligação à profissão ou conduta humana.

### 3.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

A teoria do risco foi ordenada por juristas em busca da fundamentação para acerca da responsabilidade objetiva e pode ser conclusivo que, se uma atividade que pode ocasionar perigos for colocada em prática e caso esta venha causar danos a alguém, o agente deverá responder. Alguns doutrinadores, como Sergio Cavaliere Filho e Silvio de Salvo Venosa, trazem algumas distinções dos tipos de risco. Sendo eles:

a) Risco proveito: aquele que busca tirar proveito da atividade danosa será responsabilizado, baseando-se no preceito ubi emolumentum, ibi et ônus esse debet quem aufere o bônus, deve suportar o ônus.

b) Risco excepcional: sempre que o dano for consequência de um risco excepcional que escapa à atividade comum da vítima – a reparação deve ser feita.

c) Risco profissional: o dever de indenizar ocorre quando o fato prejudicial surge da atividade ou profissão do lesado.

d) Risco criado: quando o agente, em razão da sua atividade ou profissão, cria um perigo e deve reparar o dano que causar, salvo exceções onde provar que obedeceu às medidas idôneas para evitá-lo.

e) Risco integral: é uma modalidade extremada da teoria do risco, onde, até quando inexistente o nexo causal, o agente se obriga a reparar o dano causado. No ordenamento jurídico, há três hipóteses de risco integral: dano ambiental.” (art. 225, §3º, CF/88), seguro obrigatório (art. 5, Lei 6.194/74) e danos nucleares (art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, CF/88).” (FILHO; VENOSA, 2004, p.187).”

É possível notar na organização jurídica, que há no Código de Defesa do Consumidor exemplos referentes a responsabilidade objetiva. Sergio Cavaliere Filho traz que a Lei 8.078/90 levanta uma introdução sobre uma nova esfera de responsabilidade no direito brasileiro: acerca das relações consumeristas.

O risco citado no Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 12 e 14, caput, está ligado ao dever jurídico de respeitar a integridade – física, patrimonial e psíquica - da vítima.

Em situações como estas, a culpa do agente não é pauta para discussão, sendo necessário apenas que a vítima venha a demonstrar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade para fazer com que seja válido o dever do agente de indenizar.



É ponto positivo a ressaltar que a obrigação de indenizar, surge de danos que uma atividade perigosa ocasionou. Independentemente da culpa do agente, o que é resguardado pela lei é a seguridade da vítima quanto ao direito indenização.

Se tratando de responsabilidade subjetiva, está só se configura quando há comprovação de culpa ou dolo. Portanto, para que tenha a obrigação de indenizar o dano causado, é imprescindível que seja devidamente comprovada a culpabilidade do agente e caso não exista culpa, não será passível de indenização. Tal teoria se encontra no Código Civil, em seu artigo 186, onde é levantado que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”. Para arguir a responsabilização subjetiva, a vítima possui o ônus de comprovar a culpabilidade do agente, o nexo causalidade existente entre a conduta do agente, ao dano provocado e o dano lesionado.

### **3.3 RESPONSABILIDADE DIRETA E INDIRETA**

A principal ideia de responsabilidade que está dentro do conceito de justiça é mostrar que o causador do erro deve responder pela reparação do dano. Quando a ação que causa o dano é cometida pelo agente, a responsabilidade cabível será direta e este ficará responsável por lidar com as consequências de seus atos.

Trata-se de responsabilidade por fato próprio e deriva diretamente do agente, que foi o causador do dano. O nexo de causalidade e o dano necessita-se de provas, quando a ação ou omissão da pessoa imputada gera prejuízo ou ultrapassa direito de outrem.

Em situações descritas na lei, os ordenamentos asseguram que terceiros sejam responsabilizados pela restituição do prejuízo mesmo que não tenham concorrido diretamente pelo evento. Para que haja a responsabilização de outra pessoa, é necessário que alguns vínculos sejam estabelecidos e algumas regras sejam seguidas, vide a seguinte ação civil:

“DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM - PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não

poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação - nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos - pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples. 4. O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos." 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1436401 MG 2013/0351714-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2017)."

Trata-se de presunção relativa de culpa derivada da lei. A vítima deve provar a culpa do agente causador do prejuízo, não se tratando, portanto, de responsabilidade sem culpa.

#### **4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA**

Assim como o profissional da saúde pode ser obrigado a indenizar um paciente lesado em caso de erro grosseiro ou manifesto, existem situações em que a culpa do profissional da saúde poderá ser extinta, fato este, que poderá acarretar a insustentabilidade da ação penal e extinção da punibilidade do agente. Sergio Cavaliere Filho indica:

Assim como o profissional de saúde pode ser obrigado a indenizar um paciente lesado em caso de erro grosseiro ou manifesto, existem situações em que a culpa do profissional da saúde poderá ser extinta, fato este, que poderá acarretar a insustentabilidade da ação penal e a extinção da punibilidade do agente. Acerca disso, Filho (2004) entende que a responsabilidade pelo fato de outrem se origina pela transgressão da vigilância como seu dever, não se tratando de responsabilidade alheia e sim da responsabilidade própria.

## **4.1 DOS TIPOS DE EXCLUDENTES**

### **4.1.1 IATROGENIA**

A iatrogenia é a resultante de um dano, material ou psíquico, causado ao paciente pelo médico. Todo profissional possui um potencial para a iatrogenia, aspecto este que não depende somente da capacidade técnica, como também de uma relação médico-paciente convencionada. Esta é a definição dos males provocados aos pacientes, doentes ou não, que podem ser decorrentes ou não de uma ação ou omissão do médico, fato este que é caracterizado por ser um prejuízo inevitável.

Filho e Souza (2008) entendem que a iatrogenia tem dois aspectos a serem vistos: *stricto sensu* e *lato sensu*. No sentido *stricto*, para esses doutrinadores, “não existe apenas a intenção benéfica do esculápio, mas um proceder certo, preciso, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência médica”. No sentido *lato*, a iatrogenia é o resultado danoso causado pelo ato do médico ao paciente, seja um atuar com falhas ou dentro das normas recomendadas.

Na visão do desembargador Carvalho (2007), a iatrogenia “aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada da chamada falibilidade médica”. Diz, ainda, caracterizar-se pelo atuar médico correto, consubstanciado pelo uso de técnicas e medicamentos necessários - que causem dano em pessoas sadias ou doentes – para enfrentar crises ou surtos.

Verifica-se que há duas correntes de entendimento sobre o estudo: parte dos doutrinadores conceituam a iatrogenia como situações previsíveis e outra parte dos doutrinadores traz que as lesões iatrogênicas são os danos advindos da falha humana.

Por outro lado, Moraes (2003) aborda três tipos de iatrogenia: a que agrupa lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da sua profissão; a que enquadra lesões previsíveis, porém inesperadas; e a que engloba lesões previsíveis e esperadas. Como exemplos dos tipos de iatrogenia, em ordem respectiva, pode-se citar a confusão entre veias no caso de cirurgia de varizes, levando à gangrena; reações alérgicas no uso de contrastes radiológicos; e cirurgias mutiladoras, como no caso de mastectomia.

Em primeira mão, as iatrogenias demonstram que são passíveis do erro médico. Porém, quando são analisadas as características intrínsecas de cada paciente, com um aprofundamento dos estudos, analisa-se que estas lesões poderiam ter ocorrido independente de um atuar falho do profissional. E até mesmo os procedimentos mais simples são passíveis de acarretar lesões, mesmo que não haja negligência, imprudência ou imperícia médica.

#### **4.1.2 FATO DE TERCEIRO**

Para que haja a excludente da responsabilidade civil, deve-se haver como terceiro mais alguém além da vítima e do causador do dano. Configura-se pelo fato onde nem o agente nem a vítima foram responsáveis pela incidência, a conduta do terceiro deve ser o fator predominante da lesão.

Trata-se da desincumbência de responsabilidade, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 14, §3, inciso II, prevê “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros”.

Há a semelhança do caso fortuito e à força maior, o nexo de causalidade entre resultado lesivo e conduta do agente é desfeito, uma vez que as presenças da imprevisibilidade e da inevitabilidade excluem o dever de indenizar. Nehemias Domingos de Melo, exemplifica:

“Um paciente internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito com fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar. Nesse caso estaria caracterizando aquilo que chamamos de fortuito externo, ensejando a lição de que, não tendo ilícito resultado da ação do hospital, nem de qualquer fato conexo com a sua atividade, a responsabilidade ou culpabilidade estaria inteiramente afastada ante a excludente derivada do fato de que os danos experimentados por seus pacientes decorreram de fato praticado por terceiro, que não guarda qualquer conexão com as obrigações derivadas dos serviços ajustados.” (MELO, 2014, p. 59)”

### **4.1.3 INTERCORRÊNCIA MÉDICA**

É a complicação, durante um procedimento que está sendo realizado pelo médico, fato este que não poderia ter sido previsto ou alertado ao paciente. Todos os procedimentos, simples ou complexos, estão sujeitos a complicações inesperadas e não necessariamente incidirão por erros médicos.

Alguns pacientes estão mais propícios que outros a desenvolverem infecções, por exemplo, ou podem ter variações anatômicas imprevisíveis em relação a normalidade, que são questões impossíveis de serem previstas, uma vez que as reações no organismo dos pacientes em virtude do tratamento variam de pessoa para pessoa. O que não quer dizer que o médico não realizou o procedimento corretamente ou que deixou de seguir todas as normas técnicas e padrões de segurança.

### **4.1.4 CULPA DA VÍTIMA**

Quando ocorre culpa exclusiva da vítima, como o dano foi resultado da conduta, ação ou omissão da mesma, haverá uma ruptura do nexo causal. Nesse caso, o agente fica desobrigado a indenizar. Como exemplo, pode-se citar um caso em que um médico prescreve ao seu paciente, que sofre de tuberculose pulmonar, medicamentos.

Entretanto, por escolha própria, esse resolve não se medicar e que vai esperar pela própria morte. Constatando-se que o médico agiu de maneira prudente, prescrevendo os medicamentos necessários e explicando a importância do tratamento a ser seguido, não resta ao profissional qualquer ônus de indenização à vítima.

Cabe mencionar que, caso ocorra a culpa concorrente, se a única conduta que causou o dano não for exclusivamente culpa advinda da vítima, a indenização deverá ser reduzida proporcionalmente à culpa do agente, como é verificado no artigo 945 do Código Civil.

### **4.1.5 CLAÚSULA DE NÃO INDENIZAR**

O Princípio da Autonomia da Vontade é um dos princípios que regulam os contratos do ordenamento jurídico brasileiro. Em conformidade com esse princípio, as

partes são livres para assentarem contratos com cláusulas e condições que lhes forem de interesse, desde que estes não firam a determinação legal, como estipulado pelo Princípio da Soberania da Ordem Pública.

Essa premissa dispõe sobre o dever de reparação ao dano, logo, uma de suas funções é alterar o sistema de riscos no contrato, que são transferidos para a vítima. O direito de renúncia prévia existe e está vinculada ao direito de pedir reparação.

Vale ressaltar que, a princípio, nada impede tal cláusula. Contudo, seu uso para tornar isento o agente e retirar a sua responsabilidade não é visto de maneira positiva no direito atual.

Não obstante, vale evidenciar que a cláusula de não indenizar não se mistura com a cláusula de limitação de responsabilidade. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, IV<sup>54</sup>, considera nula a cláusula de não indenizar nas relações de consumo, considerando que ela não pode ser aceita nas mesmas condições em favor do fornecedor de serviços ou produtos. Silvio de Salvo Venosa assegura:

“De qualquer forma, ainda que livremente convencionada, não opera essa cláusula em caso de dolo do agente. Não é porque o contratante sabe que está isento de indenizar que intencionalmente possa ocasionar o dano. Como, nessa inconveniente cláusula, naturalmente o agente relaxa no cumprimento da obrigação, se sua culpa for de elevado nível (culpa grave), sua conduta se equipara ao dolo. O caso concreto vai elucidar o juiz.” (VENOSA, 2018. p. 392).”

## **4.2 RESPONSABILIDADE DAS CLÍNICAS, HOSPITAIS E SIMILARES**

Entre hospitais e pacientes, existe uma relação de consumo estabelecida por meio de um contrato de prestação de serviços médico-hospitalar onde há, de um lado, o cliente (paciente) e, do outro lado, o provedor (hospital).

Na casos de falhas, as normas da Lei 8.078/1990 serão cabíveis de aplicação. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, culpabiliza o prestador de serviços a arcar com responsabilidade objetiva e a ressarcir os danos ocasionados por serviços maus executados, incabíveis de interrogações sobre a eventual culpa de auxiliares, da conduta médica, falhas dos equipamentos ou outros serviços.

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.” “(BRASIL, 1990)”

Não caberá as clínicas, hospitais e similares não lidar com a responsabilidade de arcar com erros de médicos que simplesmente fazem uso destas instalações, locais para internação e tratamento de paciente. O que cabe a investigação é avaliar se o profissional tem vínculo com estas instalações mediante contrato de prestação de serviços. Portanto, apenas responderão pelos atos médicos dos profissionais que são seus empregados ou que o administram.

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

Tendo visto as características da subjetividade, imprevisibilidade e complexidade que corroboram na carreira médica, apesar do paciente ser considerado um consumidor e, portanto, polo frágil da relação médico-paciente, não se pode deixar de avaliar que o profissional da saúde, também pode apresentar condições de vulnerabilidade dadas as peculiaridades de cada caso.

Compete dizer que, ao contrário da regra geral em relação a responsabilidade objetiva dos fornecedores, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, apesar do médico e paciente serem vistos como fornecedor e consumidor, a responsabilidade do médico, enquanto profissional liberal, é avaliada mediante a análise de sua culpa no caso concreto. Geralmente, cabe ao paciente provar a culpa do profissional para que este tenha direito ao ressarcimento. Na maioria casos, essa é a tarefa mais difícil, tendo em vista que não é possível um médico obter sucesso em todos os casos em que este desenvolve, uma vez que, mesmo diante de quadros patológicos idênticos, não há garantias de que organismos diferentes terão a mesma resposta.

É de grande relevância ao presente estudo, tendo em vista a contextualização de subjetividade que envolve o organismo humano e as diferentes reações que podem surgir ou acontecer, a análise inteira de caso no qual será possível verificar a questão ora levantada.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Erro médico. Autora submetida a diversas curetagens. Hipótese em que a prova pericial constatou que o problema de perdas gestacionais estava vinculado à própria condição orgânica do corpo da autora, e não do tratamento que lhe foi dispensado. Necessidade de ser recuretada em duas situações que restou justificada -

Ausência de responsabilidade da ré. Ação improcedente. Recurso desprovido.” “TJ-SP – APL: 202734220068260405 SP 0020273-42.2006.8.26.0405, Relator: Rui Cascaldi, Data de Julgamento: 07/08/2012, 1 Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/08/2012.”

A autora da ação atribui como causa lesão uterina e a aderência das paredes a ausência da prática médica. Ainda diz que as lesões ocasionadas foram resultado de duas curetagens que foi submetida após ter sofrido dois abortos.

Em análise a perícia realizada, as próprias condições fisiológicas da paciente originaram os abortos e a necessidade de re-curetagem, fato este que mostra que a equipe médica envolvida não teve contribuição para com o evento danoso, extinguindo qualquer possibilidade de atribuição de responsabilidade.

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

É cediço diante da situação ocorrida que no caso levantado, os médicos são expostos regularmente a barreiras nítidas, as diferentes reações e características próprias de cada organismo, impossibilitando que os infortúnios decorrentes da subjetividade que as características fisiológicas de cada ser humano apresentam sejam considerados práticas mau exercidas. Analisando as considerações feitas no voto do condutor do acórdão que julgou o caso, tal questão fica em evidência.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O trabalho trouxe um estudo acerca do instituto da responsabilidade civil e criminal, com ênfase na responsabilidade civil advinda do erro médico. É estabelecido pelo ordenamento jurídico que o causador do dano tem a obrigação de indenizar, desde que sejam e estejam preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor enrijece este pensamento, em consideração as relações de consumo.



A análise feita acerca do erro médico é observada seriamente pelo ramo do Direito, visto vez que os conflitos de indenização sofreram um grande aumento e mesmo que muitos ainda não buscam, não tenham ciência de seus direitos ou não reclamam a reparação devida pelo dano ocasionado. A justiça embasa tais decisões em provas mencionadas nos autos, bem como a apresentação de depoimentos profissionais e testemunhais.

Analisou-se além disso, que os profissionais da área de saúde, podem e é comum que sofram por questões de debilidade perante incontáveis situações que acontecem no dia a dia, sejam estas pela singularidade de cada doença e diferentes reações observadas em cada paciente, seja pelas imperfeições postas pela ciência no caso de tratamentos e estudos, ou ainda, seja pelas inúmeras situações de urgências que os médicos lidam.

Não é objetivo, deste estudo, favorecer que a circunstância de que todo e qualquer erro médico é supérfluo. Entende-se que o profissional deve ser punido com rigor quando este atuar com culpa ao exercer sua atividade, tendo em vista que este poderá ter agido com negligência, imprudência e/ou imperícia adiante do bem jurídico mais protegido: a vida.

Contudo, possíveis responsabilidades que possam cair sobre o profissional podem ser injustas e desumanas, uma vez que pode ser ocasionadas situações em que o médico, mesmo que esteja tentando salvar a vida de outrem, não terá tido culpa para o fato danoso causado ao paciente.

Assim sendo, é de grande relevância considerar que as normas de proteção à pessoa do consumidor devem ser utilizadas levando em consideração os valores constitucionais e as particularidades de cada caso.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 03 de abr. de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de julho de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. . Brasília, 11 fev. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)> Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. . Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1436401, Mg 2013/0351714-7. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2017.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Introgénia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAZ, Julio Alberto. **Responsabilidade Coletiva**. Belo Horizonte: Bel Rey, 1998.

FILHO, Antonio Ferreira Couto. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. São Paulo: Fundo Editorial, 2003.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JUNIOR, Dioclécio Campos. **Crise e hipocrisia**. Brasília: Editora do Autor, 1996.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014

MORAES, Irary Novah. **Erro médico e a Justiça**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

STJ - REsp: 1436401 MG 2013/0351714-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2017”

TJ-SP – APL: 202734220068260405 SP 0020273-42.2006.8.26.0405, Relator: Rui Cascardi, Data de Julgamento: 07/08/2012, 1 Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/08/2012.

TJPI AC Nº 2012.0001.005537-4, Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes, 1ª Câmara Especializada Cível. Data de Julgamento: 30/10/2013).

VENOSA, Silvio de Salvio. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.