

# DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE BIOÉTICA E JURÍDICA ACERCA DO ERRO MÉDICO<sup>1</sup>

Angelina Lopes da Silva Ruiz Pardiniho<sup>2</sup>

Juliana Rui Fernandes dos Reis Gonçalves<sup>3</sup>

Therezinha Pinho Juste<sup>4</sup>

**Resumo:** O direito à saúde como dever do Estado deve ser garantido por meio de políticas públicas que visem à redução do risco de doenças, cabendo nesta a investigação do erro médico e sua responsabilização sob a perspectiva do Dano Injusto na doutrina moderna.

**Palavras-Chave:** Erro médico. Dano Injusto. Indenização.

## OF FUNDAMENTAL HEALTH RIGHTS: A BIOETHIC AND LEGAL ANALYSIS ABOUT MEDICAL ERROR

**Abstract:** The right to health as a duty of the State must be guaranteed by means of public policies aimed at reducing the risk of

---

<sup>1</sup> Anais do XII CONJURI - Congresso Jurídico Integrado de Maringá - Direito e Democracia: estudos jurídicos integrados de Maringá em homenagem à Professora Fábila dos Santos Sacco/ Alaércio Cardoso ...[et al] (Coordenadores). Maringá:OAB – Subseção de Maringá; Gráfica Caniatti, 2018, p. 213-234.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Privado pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV), Advogada.

<sup>3</sup> Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) e Especialista em Bioética pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada, Docente, Coordenadora da Especialização em Direito Médico e da Saúde do Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV).

<sup>4</sup> Especialista em Direito Privado material e processual pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV), Advogada.

disease, and it is incumbent upon this investigation of medical error and its liability from the perspective of Unjust Damage in modern doctrine.

Keywords: Medical error. Unfair injury. Indemnity.

Sumário: Introdução. 1. Resumo da prática médica na história. 2. O Termo de Consentimento Informado e a responsabilidade do médico. 3. Casos de erro médico e seu tratamento nos critérios de responsabilidade do médico e do hospital. Conclusão. Bibliografia.

## INTRODUÇÃO

“Em primeiro lugar, não causarei mal...”  
Hipócrates de Kós, 460 a.C.



pesquisa em pauta busca analisar como é visto de forma ético-jurídica a questão do erro médico, hoje tratado no direito moderno não mais como ato ilícito, mas como Dano Injusto, ou seja, buscar-se-á desenvolver um estudo acerca da conduta do médico quando este, agindo em desconformidade com a boa prática médica, acaba por realizar um dano ou a má prática clínica.

Com a crescente evolução da medicina, a falha do médico deve ser analisada de maneira cautelosa e detalhada. A responsabilidade civil do médico, como a de todo profissional liberal, tem em si tanto um caráter jurídico e é definida como “a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano que, porventura, foi causado a outrem no exercício de sua profissão.”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> SEREZUELO, Ingrid. Responsabilidade Civil e Prática Médica-breves considerações. In *Jusbrasil*. Disponível em: <http://>

Pode-se constatar da análise legal, da jurisprudência e doutrina, que o entendimento que prepondera no ordenamento jurídico brasileiro é o da responsabilidade subjetiva ocorre na maioria dos casos, restando à aplicação da responsabilidade objetiva somente a casos específicos.<sup>6</sup>

Contudo, não se considerará erro profissional se resulta da incerteza ou de hesitação da arte médica objeto de controvérsias científicas. Por exemplo, não se pode considerar que houve imperícia ou negligência do médico ao operar o doente, removendo focos de infecção no ouvido, se diante desse fato acarretar a perda de audição, pois resultou desta infecção.<sup>7</sup>

O neurocirurgião Henry Marsh<sup>8</sup>, trouxe suas experiências da área médica no livro “Sem causar mal”, abordando que os médicos tem excesso de confiança ao tratar com seus pacientes. Nos capítulos de seu livro traz as histórias que teve ao longo de seus 34 (trinta e quatro) anos como médico, no qual operou mais de dez mil pessoas, tendo admitido que erros acontecem e, colocando-os como parte do exercício da medicina como ela é.

Os médicos devem dizer a verdade ao paciente de forma a não traumatizá-los, sempre dando uma margem de esperança, para que o paciente aceite o diagnóstico e o tratamento, nesses casos, o artigo 34 do Código de Ética Médica<sup>9</sup> autoriza ao profissional, se este assim entender que será melhor ao estado psicológico do paciente e para não lhe causar dano, não lhe prestar informação sobre o que ocorre com o mesmo, devendo então, apresentar o diagnóstico e prognóstico a alguém da família.

---

ingridserezuelo.jusbrasil/artigos/190547181/Responsabilidade-civil-e-pratica-medica-breves-considerações. Acesso em: 08/07/16.

<sup>6</sup> SEREZUELO, Ingrid. op. cit.

<sup>7</sup> DIAS, Hélio Pereira. A Responsabilidade pela Saúde. In *Revista Aspectos Jurídicos*. Rio de Janeiro. Fiocruz, 1995, pp. 40-50.

<sup>8</sup> MARSH, Henry. *Sem Causar Mal: Histórias de vida, Morte e Neurocirurgia*. tradução Ivar Pannazzolo Júnior. São Paulo: Inversos, 2016.

<sup>9</sup> Conselho Federal de Medicina – CFM. *Código de Ética Médica*. Disponível em: [http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/código\\_etica.pdf](http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/código_etica.pdf). Acesso em: 08/07/16.

Em sendo assim analisar-se-á na pesquisa casos de erro médico que ensejam na reparação de danos pela teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, onde o autor tem que provar o nexo de causalidade (o liame causal de que o dano adveio da atuação culposa do médico), admitindo-se para tanto, todo tipo de prova, bem como também a questão sob a análise da teoria objetiva, onde não se aplica a questão da culpa, mas apenas o fato de que se houver dano indeniza-se.

## 1. RESUMO DA PRÁTICA MÉDICA NA HISTÓRIA

Por se tratar a atividade de cura uma das práticas que remonta a própria formação da sociedade, destaca-se que na Antiguidade, o exercício da medicina se regulava, por exemplo, no Código de Hamurabi (1750 a.C.), o qual era um conjunto de leis que regulava a atividade médica na Babilônia, onde se recompensava ao iátrico em caso de cura; contudo, no mesmo regramento, se estipulava punição àquele profissional que causasse a morte ou dano grave ao doente que era senhor e, em sendo escravo o paciente, obrigava ao galeno a indenizar ao seu proprietário pelo dano ou morte causada, por perda da propriedade.

Tal situação, ainda no período antigo, passou por grandes alterações, até que entre os gregos, Hipócrates (406 a 370 a.C.), considerado o pai da medicina, abordou-a de forma mais racional ao separá-la das superstições que permeavam os atos de cura, estabelecendo um Código de Conduta Ética para os Médicos e, estabelecendo o juramento médico que até a atualidade é utilizado nas escolas de Medicina.<sup>10</sup>

Posto isto, pode-se perceber que, mesmo nos tempos mais remotos, já se estabelecia a questão do dano e sua responsabilização, mesmo que de formas bem diferenciadas, aos

---

<sup>10</sup> REZENDE, JM. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina* [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. O juramento de Hipócrates. pp. 31-48. ISBN 978-85-61673-63-5. Available from SciELO Books . Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-04.pdf> . Acesso em: 30/08/2016

profissionais que atuam na seara médica.

A Medicina moderna, fora iniciada no século XIX, com os avanços em saúde pública, a coleta de exames de sangue e urina e os avanços com relação as práticas de saúde em si.

No início do século XX, há uma revolução na área farmacêutica e tecnológica que muito contribuíram para os avanços na área de saúde, inclusive com relação à genética. No tocante ao médico, esse era quase um integrante da família, o qual participava do nascimento e muitas vezes do óbito da pessoa que ajudou a vir ao mundo. Ademais, sistemas de saúde pública avançam permitindo mais acesso a tratamentos, apesar dos déficits até hoje noticiados.<sup>11</sup>

No Brasil, a partir de 1966, com a unificação dos institutos de previdência e SUS, para realização da Assistência de Saúde, a relação médico-paciente se distanciou, estabelecendo-se de tal forma que o paciente não conhece mais o médico e vice-versa. Muitas vezes, esse distanciamento, resulta no fato que o médico, por não conhecer o histórico de seu paciente de forma abrangente, não consegue obter, muitas vezes, cem por cento de êxito no tratamento, na intervenção, na terapia realizada, pois a medicina depende da reação do organismo do doente.<sup>12</sup>

Dentro dos deveres do médico, a conduta clínica tem que se ajustar com as normas éticas e jurídicas das relações médico-paciente. O respeito à autonomia do paciente pressupõe que este dará o consentimento antes da realização do procedimento terapêutico, para o qual, ao ser firmado, deverá o doutor passar todas

---

<sup>11</sup> REZENDE, JM. História da Medicina: o uso da tecnologia no diagnóstico médico e suas consequências. In *XIV Encontro Científico do Acadêmicos de Medicina*. Goiânia, 20/09/2002. Versão atualizado em 24/10/2008. Disponível em: <http://www.jmrezende.com.br/tecnologia.htm>. Acesso em: 30/08/2016.

<sup>12</sup> GOMES, Annatalia Meneses de Amorim; CAPRARA, Andrea; LANDIM, Lucyla Oliveira Paes; VASCONCELOS, Mardênia Gomes Ferreira. Relação médico-paciente: entre o desejável e o possível na atenção primária à saúde. In *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, vol.22 no.3 Rio de Janeiro 2012, Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312012000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312012000300014) Acesso em: 30/08/2016.

as informações possíveis sobre o que será realizado no enfermo.

Por isso mesmo, o termo assinado pelo paciente é chamado de Termo de Consentimento Informado, sem o qual não deverá o profissional de saúde realizar atos com relação ao paciente, a não ser que seja caso de urgência e este não tenha como consentir e não há ninguém de sua família para fazê-lo.

## 2. O TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

No Termo de Consentimento Informado, o paciente, depois de devidamente inteirado acerca do seu diagnóstico, das possibilidades de tratamento ou procedimentos terapêuticos que poderão ser tomados, deverá, se assim entender correto e de forma autônoma, consentir em se submeter ou não ao tratamento médico oferecido.

Com este termo o profissional, pelo menos em tese, cumpriria o necessário a sua “obrigação moral de informar tudo o que se passa com o seu paciente” com o fim de “eximir-se de eventual responsabilização civil em caso de insucesso no tratamento, sem que tenha havido culpa de sua parte”. Contudo, segundo a doutrina, “nos últimos anos, houve no Brasil um aumento do número de ações judiciais em função de erros médicos”, sendo que estes “demonstram uma conscientização cada vez maior da população em busca de qualidade no atendimento que lhe é oferecido”.<sup>13</sup>

Todas as questões acima devem ser seguidas pelo médico para que possa tratar seus pacientes com dignidade, dentro dos padrões estabelecidos pela bioética e seus princípios, estabelecendo uma relação de consultor, conselheiro e amigo e,

---

<sup>13</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. LANZIOTTI, Livia Hallack. MORAIS, Bruno Salome. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. In *Rev. Bras. Anestesiologia*. vol.60 no.2 Campinas Mar./Apr. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-70942010000200014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942010000200014). Acesso em: 27/10/16.

aplicando os recursos necessários, e aceitos, ao tratamento de seu paciente.

Aduz Maria Helena Diniz<sup>14</sup> acerca da matéria que:

O contrato médico deverá conter implicitamente os seguintes deveres: dar conselhos aos seus clientes, logo o médico responderá por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente às precauções exigidas pelo seu estado. Bem como, cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina, pois assume a obrigação de meio, já que não tem o dever de curar, não podendo ser imprudente, negligente ou agir com imperícia, sob pena de responder por dano moral e patrimonial (art. 951 CC; art. 14 CDC, cabendo-lhe provar que não agiu com culpa; art. 6º, VIII, CDC).

Ainda sobre os deveres do médico, deve abster-se do abuso ou desvio de poder, pois o mesmo não terá o direito de tentar “experiências” sobre o corpo humano, a não ser que seja imprescindível, para enfrentar mal que acarreta perigo de vida ao paciente, contudo, essa regra não pode ser entendida como absoluta. É o que se pode compreender do disposto nos artigos 13 e 15 do Código Civil de 2002 quando trata dos direitos de personalidade e restringe a atividade médica quando permite ao paciente que escolha submeter-se ou não a tratamento que lhe implique em risco de vida.

Em sendo assim, pode-se dizer que o médico não pode ultrapassar os limites do contrato realizado quando da assinatura do Termo de Consentimento Informado, porque responde pelos danos que der causa, se contrariar o pedido do doente ou de seus familiares, não requisitando a presença de especialistas. De acordo com o Código de Ética Médica, é vedado aos médicos situações como: “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. 31), ou ainda, “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do

---

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.555.

tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (art. 34), entre outros.<sup>15</sup>

Responsabiliza-se ainda, se chamar como auxiliares pessoas não habilitadas, praticar aborto fora dos casos permitidos pela lei ou receitar tóxicos/ entorpecentes, a fim de satisfazer a pacientes viciados.

A responsabilidade do médico, como a de todo profissional liberal, tem em si tanto um caráter ético quanto um caráter jurídico e é definida como “a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano que, porventura, foi causado a outrem no exercício de sua profissão”.<sup>16</sup> Dessa forma, para se configurar a responsabilidade civil subjetiva, haverá a necessidade de que ocorram os pressupostos de admissibilidade para sua configuração, ou seja, o dano, a culpa do agente por ação ou omissão, e o nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo. Já no caso da objetiva, não há a necessidade de culpa, pois esta responsabilidade decorre do texto legal (teoria do risco).

Pode-se constatar da análise legal, da jurisprudência e doutrina, que o entendimento que prepondera no ordenamento jurídico brasileiro é o de que a responsabilidade subjetiva ocorre na maioria dos casos, restando à aplicação da responsabilidade objetiva somente a casos específicos. Em sendo assim, 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, deverá indenizar a pessoa ou os herdeiros (no caso de morte) pelo dano causado (art. 951 CC). Contudo, não se considerará erro profissional se resulta da incerteza ou de hesitação da arte médica objeto de controvérsias científicas. Exemplo: não se pode considerar que houve imperícia ou negligência do médico

---

<sup>15</sup> CFM – Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp> Acesso em: 04/03/2016.

<sup>16</sup> SEREZUELO, Ingrid. op. cit.



ao operar o doente, removendo focos de infecção no ouvido, se diante desse fato acarretar perda de audição, pois resultou desta infecção.<sup>17</sup>

Na Associação, “SOS Erros Médicos”, que vem iniciando processos no Conselho Federal de Medicina (CFM), transmite-se os seguintes conselhos àqueles que precisam se submeter a um procedimento médico: todos devem exigir dos profissionais que assinem e coloquem o seu número de CRM nas receitas, pois com a assinatura e o número fica mais fácil recorrer à Justiça, ademais, todo paciente internado deve pedir o laudo médico (art. 86/88 do Código do Conselho Federal de Medicina).<sup>18</sup>

Como exposto outrora, os médicos devem dizer a verdade ao paciente de forma a não traumatizá-lo, sempre dando uma margem de esperança, para que o paciente aceite o diagnóstico e o tratamento, nesses casos, o art. 34 do Código de Ética Médica<sup>19</sup> autoriza ao médico, se este assim entender que será melhor ao estado psicológico do paciente e para não lhe causar dano, não lhe prestar informação sobre o que ocorre com o mesmo, devendo, então, apresentar o diagnóstico e prognóstico a alguém da família.

Segundo o Código de Ética Médica<sup>20</sup> (Cap. III, art. 1º e segs.), é vedado ao médico praticar condutas que impliquem em imperícia, imprudência ou negligência, as quais sejam danosas ao paciente, tanto na fase pré-operatória quanto pós-operatória, empregando métodos não científicos, ou ainda, delegar a outro profissional as atribuições exclusivas do médico, imputar suas falhas a terceiros ou a fatos ocasionais, deixar de atender em

---

<sup>17</sup> DIAS, Hélio Pereira. A Responsabilidade pela Saúde. In *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, Fiocruz, 1995, p 40-50.

<sup>18</sup> *Associação das Vítimas de Erros Médicos*, fundadora Célia Destri, advogada, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.celiadestriadvogada.com.br/reportagens04.htm>.. Acesso em: 04/12/16.

<sup>19</sup> CFM – Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica*. op. cit..

<sup>20</sup> CFM – Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica*. op. cit..

casos de urgência, colocando a vida do paciente em risco, não comparecer a plantão, chegar atrasado no plantão, atestar ou receitar de forma ilegível, assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos etc.

### 3. CASOS DE ERRO MÉDICO E SEU TRATAMENTO NOS CRITÉRIOS DE RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DO HOSPITAL

Como outrora dito, na reparação de danos com a responsabilidade civil, o autor tem que provar o nexo de causalidade, o liame causal de que o dano adveio da atuação culposa do médico, admitindo-se, para tanto, todo tipo de prova. Assim, o juiz nomeia um perito médico que deve analisar laudos, prontuário, tudo sobre a conduta médica. Ademais, destaca-se novamente que há dois tipos de responsabilização Civil: a subjetiva e a objetiva, sendo a primeira calcada na culpa onde, portanto, analisa-se a ação do agente que provocou o dano identificando nela a culpa *stritu senso* (imperícia, imprudência e negligência); na segunda, a responsabilidade civil objetiva, por outro lado, não há atribuição de valor ao elemento culpa. Em sendo assim, nesta, analisa-se a atividade causadora do dano, na qual se houver dano indeniza-se (art. 14, § 4º, CDC).<sup>21</sup>

De acordo com Miguel Kfoury Neto<sup>22</sup>, ao analisar o tema em uma de suas palestras sobre Responsabilidade Civil, destacou o problema das cirurgias do “lado errado”, como no caso de pessoas que vão para operar o joelho direito e tem o esquerdo operado, informando naquela ocasião que nos EUA foi realizado campanhas de conscientização para os profissionais da área médica para marcar e destacar o lado que vai ser feito o

---

<sup>21</sup> BRASIL. *Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990*– Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm) Acesso em: 04/03/2016.

<sup>22</sup> KFOURY NETO, Miguel. *Erro Médico e a Perda de uma Chance*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aZmW4Xgf0Ug>. Acesso em: 20/06/2016

procedimento.

Outro exemplo foi à notícia veiculada pelo Fantástico, programa exibido na Rede Globo em 10/01/2016<sup>23</sup>, acerca da temática, erro médico, que mostrou um menino que fora atingido por uma bala perdida, mas o médico que o atendeu tratou como um corte, suturando o mesmo com a bala dentro do ferimento. Mostrou, ainda, o caso de Jéssica, de 22 anos, que aos quinze anos foi diagnosticada com uma doença chamada Ceratocone, a qual deforma a córnea e prejudica a visão, tendo seu olho esquerdo tomado pela doença, que a deixou quase cega, teve também seu olho direito atingido, mas no estágio que se encontrava o dano, ainda poderia ser resolvido com uma simples cirurgia a laser. Ela procurou o Hospital de Clínicas de Porto Alegre e, depois de um ano na fila, foi chamada para fazer um transplante de córneas no olho esquerdo, marcando o olho com um esparadrapo para o procedimento cirúrgico. Quando Jéssica acordou, descobriu que fizeram a cirurgia do lado errado, tendo que ser submetida a outro transplante, desta vez no olho certo, arriscando desnecessariamente e com o risco de rejeição que todo transplante tem em si, pelo fato do profissional que a operou ter agido negligentemente. Tendo procurado a Diretora do Hospital, esta hesitou em dar uma resposta para a paciente que sofrera esse erro tão grave.<sup>24</sup> Posto isto, pelas estatísticas apresentadas no Fantástico, com base em estudo da Fundação Osvaldo Cruz que analisou 1600 prontuários, percebeu-se que os erros médicos acontecem em grande número, podendo-se fazer uma estimativa de que a cada cem pacientes, sete são vítimas de erros médicos, enfermeiros e outros profissionais da saúde.<sup>25</sup>

Cabe acrescentar ainda dois casos de erro médico

---

<sup>23</sup> Rede Globo de Televisão. *Fantástico* - show da vida, disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/videos/t/edicoes/v/fantastico-entra-em-uti-para-tentar-entender-por-que-tantos-erros-medicos/4729291/> Acesso em: 25/11/2016

<sup>24</sup> Rede Globo de Televisão. *Fantástico* - show da vida. op. cit.

<sup>25</sup> Rede Globo de Televisão. *Fantástico* - show da vida. op. cit.

veiculado pela TV Record<sup>26</sup>, apresentando em primeiro lugar a história da Sra. Márcia, 42 anos que se encontra em estado vegetativo há doze anos. Tudo começou no parto da filha Gabriela, tendo recebido após a cirurgia a notícia de que haviam ocorrido complicações durante o procedimento, mas os médicos não souberam explicar, tendo informado apenas que houve uma sucessão de acontecimentos que vão desde a demora na transferência de hospital até outras complicações que ocasionaram em duas paradas cardíacas, as quais teriam sido a causa da piora em seu estado de saúde. A família, inconformada com a situação, processou o hospital por danos morais e materiais. Restou informado na notícia que o médico obstetra continua suas atividades e tem seu registro no Conselho de Medicina ativo.

O segundo caso ocorreu com Galileu de 25 anos, que após um acidente de trânsito grave no trajeto para o trabalho, foi encaminhado para um centro de atendimento, tendo apenas sido medicado com dipirona e soro, recebendo alta em seguida. Contudo, após alguns dias teve piora voltando ao centro de atendimento, onde foi constatado traumatismo craniano com perda de massa encefálica precisando ser operado, entretanto a demora na percepção do quadro agravou seu estado. Atualmente, está tetraplégico e conta com a ajuda da mãe.

O Ministério da Saúde (Agência Nacional de Vigilância Sanitária na redação de seu artigo 4º, XI<sup>27</sup>), desde 2003, determina que, todo o hospital, deverá ter um núcleo de segurança do paciente, estabelecendo a obrigação de notificar todos os incidentes com ou sem vítimas.

Para melhor tratar da matéria, em 2013, por meio da Portaria 52911, instituiu o Programa Nacional de Segurança do Paciente – PNSP, o qual por meio da Fundação Osvaldo Cruz, criou o documento de referência para o programa nacional do

---

<sup>26</sup> Disponível em: <http://recordtv.r7.com/> acesso em 10.05.2017.

<sup>27</sup> Ministério da Saúde. ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/> Acesso em: 10/05/2016.

paciente, com o objetivo geral de contribuir para a qualificação do cuidado em saúde, em todos os estabelecimentos de saúde do território nacional, quer públicos quer privados, de acordo com prioridade dada à segurança do paciente.

Contudo, essas normas são ignoradas tendo em vista que há uma percentagem pequena de hospitais brasileiros cadastrados. Ademais, o médico poderá se negar a atender o chamado de um doente que não seja seu paciente e, para tanto, não precisa prestar contas de sua recusa à pessoa que o chamou. Contudo, não poderá deixar de atender a um paciente seu.

Assim sendo, pela doutrina e jurisprudência, os médicos, na maioria dos casos, assumem, com relação ao tratamento de seu paciente, uma obrigação de meio, ou seja, sem comprometimento com o resultado, mas tão somente de que utilizará de todos os meios possíveis para alcançar a cura, mas sem comprometimento de realizá-la. Por conseguinte, quem tem que provar a culpa do médico é o paciente.

No caso de cirurgias plásticas, os médicos assumem a obrigação de resultado, pois se trata a mesma de uma cirurgia estética embelezadora, logo, o profissional contratado, se compromete com o resultado, estabelecendo-se, com relação a obrigação de meio, uma inversão do ônus da prova, pois nesta caberá ao médico provar que não foi culpado.

Assevera Miguel Kfourri Neto<sup>28</sup>, que divide os atos praticados dentro do hospital em: atos extramédicos, atos paramédicos e essencialmente médicos. O primeiro caracteriza-se na conduta do hospital, a permanência do paciente no mesmo, sua hospedagem, podendo, esses atos, em havendo danos, responsabilizar o hospital, posto que o nexo causal entre o agente e o ato danoso, adveio da instituição hospitalar.

Para os atos paramédicos, que consistem em atos praticados por enfermeiros, técnicos (injeção mal aplicada, controle

---

<sup>28</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

de pressão arterial, quando o técnico de enfermagem comprime muito o membro superior do paciente, alimentação parenteral etc.), caberá a responsabilização também ao Hospital, de forma objetiva, posto que decorrem do fato deste ser empregador do agente causador do dano, o que não impede que, se comprovada a culpa, a possibilidade de ação regressiva contra o mesmo, de acordo com a sistemática civil (art. 932, III CC).<sup>29</sup>

E, por último, os atos essencialmente médicos, que advêm da conduta praticada pelo médico, pois o dano decorre da atuação do médico. Neste caso, o hospital somente responderá se provada a culpa. Erro de diagnóstico é escusável, pois o médico não é obrigado a acertar cem por cento do diagnóstico. Tem que haver prova da culpa do médico.<sup>30</sup>

Como se disse então, a responsabilidade subjetiva tratada no Código Civil brasileiro esposou a teoria da culpa, para definir a responsabilidade civil do médico, o que segundo Alvinho Lima teria como “requisitos essenciais para a teoria da responsabilidade subjetiva”, ou seja, aquela “que integra a responsabilidade aquiliana”, em primeiro lugar “o ato ou omissão violadora do direito de outrem”, em segundo lugar, a questão do “dano produzido por esse ato ou omissão”, em terceiro, “a relação de causalidade entre o ato e a omissão e o dano” e, em quarto, “a culpa”.<sup>31</sup>

Assenta-se na pesquisa ou indagação de como a conduta resultou em prejuízo à vítima a essência da responsabilidade subjetiva, tendo como fundamento o princípio da culpa. O elemento subjetivo do ato ilícito, como gerador do dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta à consciência do agente. Ou seja, a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais

---

<sup>29</sup> BRASIL. *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002* – Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) Acesso em: 04/03/2016.

<sup>30</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais* – Código Civil e Código de defesa do Consumidor – 2ªEd. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 232.

<sup>31</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais*, op. cit, p. 91.

incluindo o médico tem três elementos: dano, culpa e nexo de causalidade.

O tribunal ao tratar da culpa subjetiva, analisa de provas, contudo, poderá afastar sua análise aplicando a responsabilidade objetiva Código de Defesa do Consumidor<sup>32</sup>, art. 14, caput, “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 informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos”. Esta, como se disse, independe do elemento culpa já que se concentra na teoria do risco, ou seja, na “obrigação de reparar danos que independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa, sejam resultantes de ações ou omissões de alguém, ou estejam simplesmente conexas com sua atividade”.<sup>33</sup> De acordo com Miguel Kfoury Neto<sup>34</sup>, há ainda a aplicação da *Teoria da Perda de uma Chance*, teoria objetiva em relação ao médico que diz respeito ao nexo de causalidade, pois ninguém pode afirmar que a conduta do médico causou o dano. Esta foi inspirada na doutrina francesa, que diz que se alguém praticar um ato ilícito fazendo com que a outra pessoa perca uma oportunidade de ter uma vantagem ou evitar um prejuízo, esta deve ser indenizada pelos danos causados.

Em sendo assim, para o autor a responsabilidade dos profissionais de saúde, assume grande importância ao definir a

---

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990* – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm) Acesso em: 30/05/2016.

<sup>33</sup> EMENTA: Indenização falhas na cirurgia de vasectomia ausência de provas do alegado provas concluíram que as supostas falhas não podem ser atribuídas ao ato cirúrgico em si - Possibilidade de a dor relatada e a reversão da vasectomia terem outras causas - Responsabilidade objetiva que, no entanto, pressupõe o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do prestador do serviço, de um lado, e o dano, de outro inteligência do art. 14 do CDC. Recurso Desprovido, para prestigiar a r. sentença de improcedência. (JTA-CRIM-SP-LEX 69/250)

<sup>34</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa e ônus da prova* - presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

existência ou não de responsabilidade solidária entre médicos e os hospitais, clínicas, planos de saúde, seguro saúde, SUS, cooperativas médicas e laboratórios.<sup>35</sup> A legitimidade é uma qualidade do sujeito e deve ser constatado no âmbito do ato praticado, e a legitimação ativa cabe ao titular do interesse que se contrapõe ou resiste ao pedido formulado, ou seja, o profissional de saúde ou pessoas jurídicas a quem é cabível a responsabilidade pela lesão.<sup>36</sup>

## CONCLUSÃO

No passado, quando se deu a unificação dos institutos de Previdência e do Sistema Único de Saúde (SUS), acabou por ocorrer que no tocante a relação médico-paciente, esta acabou por sofrer grandes perdas com relação à “humanização” da ligação entre estes, tendo em vista que esta se distanciou, pois o médico, muitas vezes, não tem mais um vínculo com o paciente como era no início do século XX. Posto isto, constata-se que mesmo com todos os instrumentos modernos na área médica e os avanços da ciência, ainda assim acabam ocorrendo erros médicos. Com as transformações da responsabilidade civil, há uma tendência que esta possa alcançar as mais diferentes situações, sobretudo porque, no mundo moderno, novos riscos surgem a todo instante e não se pode deixar dano sem reparação adequada. Isto faz com que aumente os meios que garantam a indenização, ora se afastando do conceito culpa, ora ampliando o nexo causal ou se instituindo fundos que assegurem indenizações para todos os lesados. Isto se mostra necessários principalmente quando o ofensor não dispõe de recursos para responder pelo dano a que deu causa.

No caso específico da responsabilidade pessoal do médico, devido a inafastável *alea terapêutica*, a exclusão desse

---

<sup>35</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. Op. cit.

<sup>36</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais*, op. cit, p. 107.



fator subjetivo de imputação (culpa) é inviável. Logo, para se compelir o médico a reparar dano decorrente de sua atividade, é mister verificar com exatidão, a presença da culpa *strictu sensu*, em qualquer de suas modalidades (imperícia, negligência ou imprudência), bem como de nexos causal e do dano alegado. Ou seja, para se considerar a responsabilidade subjetiva, haverá necessidade de que ocorram os pressupostos de admissibilidade para sua configuração, ou seja, o dano, a culpa do agente por ação ou omissão e o nexo de causalidade. Em sendo assim, aquele que, no exercício da atividade profissional por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho, deverá indenizar a pessoa ou os herdeiros no caso de morte pelo dano causado (art.951 cc). Embora, haja danos que advêm de reações atribuíveis ao organismo do paciente, ou maior ou menor eficácia dos medicamentos aplicados, também há aqueles danos decorrentes de fatores idiossincrásicos, ou seja, debilidades congênitas ou resultantes da própria patologia ou até mesmo resultantes de reações psíquicas do paciente. Compatibilizar medicina de massa, avanços tecnológicos, custos dos cuidados médicos, principalmente no Brasil, onde são graves as deficiências da saúde pública é tarefa árdua. Com isso, surgem cada vez mais a judicialização da medicina como circunstância inafastável.

Dessa forma, busca-se hodiernamente a responsabilidade civil do médico e das instituições hospitalares, cabendo nestes casos, ao autor da ação, provar a culpa *strictu sensu* por imperícia, imprudência e/ou negligência do profissional que se dá quando o ato realizado e a conduta profissional forem calcados na culpa. Nesse sentido, trata-se da responsabilidade civil subjetiva, a qual necessita que se configurem os pressupostos da culpa, ou seja, que haja nexo de causalidade entre o dano e a conduta médica. Por outro lado, tem-se ainda a responsabilidade civil objetiva, onde não há atribuição do elemento culpa, mas

apenas se vê à análise da atividade danosa e, havendo a lesão por parte do profissional, haverá indenização (art. 14, §4º Código de Defesa do Consumidor). Com isso, o paciente com respaldo do Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na jurisprudência, tem a fundamentação necessária para buscar indenização para a lesão sofrida em decorrência da má conduta do clínico.



## BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- Associação das Vítimas de Erros Médicos*, fundadora Célia Destri, advogada, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.celiadestriadvogada.com.br/reportagens04.htm>. Acesso em: 04/12/16.
- BRANGHITTONI, Rogério Ives. *Manual de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BRASIL. *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) Acesso em: 04/03/2016.
- \_\_\_\_\_. *Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990– Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm) Acesso em: 04/03/2016.
- CFM – Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp> Acesso em: 04/03/2016.
- DIAS, Hélio Pereira. A Responsabilidade pela Saúde. In *Revista*

- Jurídica*, Rio de Janeiro, Fiocruz, 1995, p 40-50.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 2001.
- GODINHO, Adriano Marteleto. LANZIOTTI, Livia Hallack. MORAIS, Bruno Salome. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. In *Rev. Bras. Anestesiologia*. vol.60 no.2 Campinas Mar./Apr. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-70942010000200014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942010000200014). Acesso em: 27/10/16.
- GOMES, Annatalia Meneses de Amorim; CAPRARA, Andrea; LANDIM, Lucyla Oliveira Paes; VASCONCELOS, Mardênia Gomes Ferreira. Relação médico-paciente: entre o desejável e o possível na atenção primária à saúde. In *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, vol.22 no.3 Rio de Janeiro 2012, Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312012000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312012000300014). Acesso em: 30/08/2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. *O direito à vida e o direito a viver melhor – um conflito de Direitos Fundamentais*. 2 Ed. Toledo/PR: Humanitas Vivens, 2014.
- KFOURI NETO, Miguel. *Culpa e ônus da prova - presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Erro Médico e a Perda de uma Chance*. Disponível em : <https://www.youtube.com/watch?v=aZmW4Xgf0Ug>. Acesso em: 04/03/2016
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil do Médico*.

8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- 
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil Dos Hospitais - Código Civil e Código de Defesa do Consumidor - 2ª Ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARSH, Henry. *Sem Causar Mal: Histórias de vida, Morte e Neurocirurgia.* tradução Ivar Pannazzolo Júnior. São Paulo: Inversos, 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 3 (jul/set 2000), Rio de Janeiro: Padma, p. 59-78, 2000.
- Ministério da Saúde. ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/>  
Acesso em: 10/05/2016
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria.* São Paulo: LTr, 1997.
- NORONHA, Fernando. *Fundamento do Direito das Obrigações – Introdução à Responsabilidade Civil.* São Paulo: Saraiva, 2003. V.3.
- Rede Globo de Televisão. *Fantástico - show da vida*, disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/videos/t/edicoes/v/fantastico-entra-em-uti-para-tentar-entender-porque-tantos-erros-medicos/4729291/> Acesso em: 04/03/2016
- REZENDE, JM. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina* [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. O juramento de Hipócrates. pp. 31-48. ISBN 978-85-61673-63-5. Available from SciELO Books. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-04.pdf> . Acesso em: 30/08/2016
- 
- \_\_\_\_\_. História da Medicina: o uso da tecnologia no diagnóstico médico e suas consequências. In *XIV Encontro Científico do Acadêmicos de Medicina*. Goiânia, 20/09/2002. Versão atualizado em 24/10/2008.

- Disponível em: <http://www.jmrezende.com.br/tecnologia.htm>. Acesso em: 30/08/2016
- ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- SEREZUELO, Ingrid. Responsabilidade Civil e prática médica – breves considerações. In *Jusbrasil*. Disponível em: <http://ingridserezuelo.jusbrasil.com.br/artigos/190547181/responsabilidade-civil-e-pratica-medica-breves-consideracoes>. Acesso em: 08/07/16.
- TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, abr/jun. 2000, Rio de Janeiro: Padma, 2000.