

DA CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS MÉDICAS: prevenir é possível?

Bárbara Borques Santana¹
Daniela Courtes Lutzky²

RESUMO

O presente artigo possui como finalidade analisar o fenômeno da judicialização da medicina e quais os seus efeitos para o médico. Acerca deste tema, por meio de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, objetiva-se, pelo método dedutivo, compreender quais são alguns dos principais fatores que levam o paciente a processar seu médico. Atentou-se, na sequência, sobre a responsabilidade civil que o médico assume ao exercer seu ofício, analisando a natureza jurídica desta, bem como sua espécie. Ainda, este estudo visa a explicar em quais casos cabem as excludentes da responsabilidade civil médica, sem deixar de mencionar que as medidas acautelatórias/preventivas podem servir como possíveis meios do médico resolver a questão da alta demanda de processos judiciais sofridos ou minimizar suas consequências.

Palavras-chave: Judicialização da Medicina. Responsabilidade Civil Médica. Procedimentos acautelatórios. Método Dedutivo.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização é o ato de levar ao Poder Judiciário matérias que não foram resolvidas, de forma satisfatória, por meios extrajudiciais. A judicialização da medicina é a discussão, em juízo, das relações entre as partes envolvidas na assistência à saúde: os pacientes, os médicos e as instituições prestadoras de serviços. A prática médica, desde os primórdios da Medicina, é acompanhada de riscos que existem na atividade profissional frente aos pacientes. Com o passar do tempo, o fenômeno global da judicialização da medicina desenvolveu-se notoriamente, fazendo com que o número de ações protocoladas na Justiça pelos pacientes contra os seus médicos aumentassem.

Atualmente, qualquer consequência que não seja o sucesso nos resultados pretendidos pelo profissional da saúde é considerada um erro profissional, que provavelmente será seguido de uma ação judicial. Somado a isso, o aumento significativo de processos envolvendo médicos traz consigo uma menor segurança jurídica para o profissional na hora de exercer a sua profissão, visto que tais demandas podem causar prejuízos tanto na seara profissional como pessoal do médico.

O que se pode reconhecer é que inúmeros são os fatores que influenciam para a propositura de uma ação judicial médica. Ao se falar em ação médica; todavia, o que se pensa, em primeiro plano, é em erro médico, no entanto, este é somente um dentre vários fatores que podem levar a uma ação indenizatória decorrente de um dano, não sendo o único que pode vir a ensejar uma lide. Nesse sentido, é imprescindível que se estude acerca dos principais elementos que levam o paciente a processar o seu médico, desde um eventual erro por parte do profissional até problemas na relação médico-paciente.

¹ Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: bavisantana@gmail.com.

² Orientadora, Doutora em Direito, Professora da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: daniela@jaegeradv.com.br.

Denota-se, portanto, que o polo ativo do processo pode, erroneamente, apoiar-se na convicção de que o profissional da saúde foi o causador do dano e, conseqüentemente, deverá ser responsabilizado pelo mesmo. Ocorre que existem situações dentro da responsabilidade civil médica em que o profissional não possui a responsabilidade pelo dano causado ao paciente, não tendo, portanto, o dever de reparar a parte autora da demanda.

À vista disso, um ponto que precisa ser analisado pelos médicos é em relação à possibilidade de utilizar procedimentos acautelatórios como forma de prevenir as demandas que podem ser instauradas contra os profissionais no exercício da sua profissão, garantindo assim, maior estabilidade jurídica para eles.

Ainda sobre o assunto, pode-se constatar que é por meio de procedimentos acautelatórios/preventivos, como o uso a medicina baseada em evidências, a escuta ativa e uma boa relação médico-paciente, que os profissionais irão conseguir proteger-se e prevenir-se de futuras ações judiciais, as quais causam estresse inigualável ao médico e podem afetar sua vida profissional e pessoal.

Este artigo inicia-se, portanto, com uma contextualização acerca do fenômeno da judicialização da medicina e, dentro deste mesmo tópico, abre-se um subtópico para serem tratados dos fatores que levam o paciente, descontente com o resultado obtido ou com o tratamento indicado, a processar o seu médico. Um ponto extremamente importante, que será objeto de estudo no segundo tópico, é acerca das responsabilidades que o profissional da saúde se submete ao exercer a sua profissão, quando ele irá responder pelo dano sofrido e qual a classificação da sua responsabilidade nesses casos.

O terceiro e último tópico buscará trazer meios dos quais os médicos possam valer-se na hora do exercício da medicina com vistas a evitar ao máximo a instauração de possíveis ações judiciais, como também apresentará recursos que podem ser utilizados como forma de defesa quando já estiver respondendo um processo indenizatório.

O foco deste trabalho é analisar e compreender quais são as razões que fazem com o fenômeno da judicialização da saúde cresça significativamente na atualidade. Ainda, busca encontrar uma solução para esse cenário, estudando medidas que podem ser usadas pelo médico em seu dia a dia profissional para ajudá-lo tanto na prevenção como na defesa dos processos judiciais que possa vir a sofrer.

Para tanto, a partir do método dedutivo de abordagem, o qual foi feito com auxílio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, pretende-se analisar a judicialização da medicina, para que com isso se conseguir chegar a uma solução para sanar a problematização que envolve os pacientes, os médicos, e as demandas judiciais que são movidas contra estes. Sob esse panorama revela-se a importância do presente trabalho.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA

A judicialização da medicina é um fenômeno mundial que tem crescido de forma significativa com o passar dos anos. A expressão “judicialização” nada mais é do que a busca excessiva das pessoas ao poder judiciário, visando a lutar por seus direitos, os quais podem em algum momento ter sido violados frente a uma situação que ocorreu no seu dia a dia. Sob essa perspectiva, tem-se que a grande demanda de processos judiciais instaurados sobre determinado assunto é o que caracteriza a judicialização.³

Com o passar do tempo, a sociedade passou a preocupar-se cada vez mais com os seus direitos e garantias fundamentais, e diante disso, “a crescente conscientização dos direitos, junto com a maior facilidade de demandá-los e de acesso à Justiça, vem levando ao que se denomina

³ SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018. p. 254.

de judicialização – o aumento acelerado do número de demandas judiciais”.⁴ Com o fácil acesso ao judiciário e a necessidade de buscar a tutela judicial dos seus direitos, visando a evitar futuros litígios em que esses possam ser objeto de discussão, as demandas judiciais aumentam a cada ano que se passa.

A Constituição Federal do Brasil assegura a saúde como um direito fundamental de todos os cidadãos e dever do Estado.⁵ O direito à saúde está claramente resguardado pela Constituição Federal, devendo ser respeitado e protegido por todos, no entanto, por diversas vezes, tal direito é violado, levando as pessoas a irem ao tribunal para resolver os litígios impostos por tal violação. Em que pese o direito à saúde ser uma norma fundamental do ser humano, em determinadas situações o paciente exaure o exercício deste direito, exigindo de maneira excessiva e indevida o seu cumprimento. Ao não ter suas expectativas atendidas, a pessoa pode instaurar ações judiciais sem a devida necessidade.

Ainda, esse processo de forte intensificação de proteção e busca aos direitos individuais “resulta de uma profunda mudança cultural na sociedade, iniciada com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990”.⁶ Diante de todas essas evoluções históricas, percebe-se que aquele direito que antes não era tão conhecido e estava ao alcance do cidadão, hoje passa a ser a sua luta diária.

Nessa perspectiva, muito bem elucidou Rodrigo Nóbrega Farias acerca do conceito da judicialização da saúde atrelada aos direitos fundamentais, em específico o da saúde:

a judicialização é um processo atrelado às dificuldades de concretização de direitos fundamentais, sendo reflexo de um exercício, individual ou institucional, das faculdades processuais – portanto, perante o Judiciário – conferidas pela mesma Constituição que garante, entre outros, o direito à saúde, sendo que nessa, o fenômeno é acentuado.⁷

A determinação e a vontade de conseguir alcançar aquilo que se acredita ser o correto nas demandas envolvendo a saúde torna-se evidente diante do extraordinário crescimento das ações judiciais, que “aumentou 130% entre 2008 e 2011, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%”.⁸ De fato, um mínimo aumento nas demandas é esperado ao longo dos anos, decorrente de uma soma de fatores que levam a pessoa a ingressar com uma ação, todavia, um aumento tão significativo como o apresentado revela um certo desequilíbrio em algum ponto.

À vista disso, no cenário atual qualquer consequência que não seja o sucesso nos resultados pretendidos pelo profissional da saúde e almejados pelo paciente é considerado um erro profissional, que provavelmente será seguido de uma ação judicial, resultando na judicialização da medicina ou saúde, como também é chamada. Esse contexto, cada vez mais frequente no poder judiciário, mostra como o ser humano, em certos casos, desconhece até onde pode ir para tentar conseguir com êxito aquilo que deseja.

⁴ CECHIN, José. Judicialização da Saúde: Direitos e Consequências. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2021.

⁵ Artigo 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 recuperação. (BRASIL. Constituição 1997. **Constituição Federal**. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 107 de 02/07/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020).

⁶ CECHIN, op. cit., p. 207-225.

⁷ FARIAS, Nóbrega Rodrigo. **Direito à saúde e sua judicialização**. Paraná: Juruá, 2018. p. 123.

⁸ INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Justiça Pesquisa: Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e Propostas de Solução**. São Paulo: INSPER, 2019. p. 13. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

“O homem moderno mostra-se dia a dia menos tolerante com danos de quaisquer espécies – e a ampla reparabilidade do dano moral estimula a busca de indenização”.⁹ O aumento do número de demandas judiciais médicas além de resultar da busca pelos direitos individuais e o fácil acesso à Justiça, decorre de uma sociedade que, com o passar do tempo, deixou de tentar resolver os problemas de uma forma menos danosa e simples para uma sociedade que busca o judiciário antes mesmo de tentar meios mais amistosos para a resolução dos conflitos instaurados entre as partes.

O advento do fenômeno da judicialização fez com que os profissionais da saúde passassem a ficar em uma situação de maior suscetibilidade frente à Justiça na hora de exercer a sua profissão. Atualmente, como já dito, o fácil acesso ao judiciário e os benefícios que o cidadão poderá obter ao ingressar com uma ação judicial, como a isenção das custas processuais e a gratuidade da Justiça, os receios que antes existiam de enfrentar um médico em um tribunal ficaram cada vez menores. Com isso, o paciente sentindo que o seu direito foi lesado ou violado de alguma forma procura, já no primeiro momento, meios judiciais que possam solucionar o litígio no qual ele está envolvido. Perante o exposto, é imperioso que se entenda, de uma maneira clara, que o direito do paciente de processar o médico por eventual falha na sua conduta existe na mesma medida em que o médico tem o direito de se defender de tais ações judiciais, como se pode verificar no trecho do artigo da Camila Vasconcellos de Oliveira:

A pretensão defendida pelo exercício democrático de direito, na medida em que a Constituição Federal do Brasil assegura tanto o direito do paciente em processar o médico quando compreender haver sofrido dano, quanto o direito do médico de se defender em um devido processo, em que se respeite as suas possibilidades de contraditório e ampla defesa.¹⁰

A prática da medicina carrega consigo riscos inerentes que os profissionais dessa área enfrentam todo dia ao exercer a sua profissão. O médico tem um papel fundamental na vida dos cidadãos: tratar enfermidades, curar doenças e conseguir melhorar a qualidade de vida de seu paciente, eventualmente prolongando-a. Sob essa perspectiva, percebe-se que o poder detido pelo médico vem atrelado a infindáveis responsabilidades as quais este profissional assume ao realizar seu papel.

O paciente que é lesado durante um tratamento ou um procedimento, por exemplo, tem a fiel convicção de que a culpa pelo dano sofrido é inteiramente do profissional que o estava acompanhando. A responsabilidade do médico acerca de suas ações se estende somente até determinado ponto, a partir do qual não é mais dever do médico indenizar o seu paciente ou responder por possíveis danos sofridos, sejam eles decorrentes de um erro ou de como o paciente foi tratado pelo profissional, visto que inúmeros são os fatores que integram a relação médico-paciente.

Atualmente, diversas são as situações em que “o que seria uma possibilidade de culpa profissional passou a ser interpretada como uma presunção de culpa profissional, cabendo ao profissional provar a ausência de culpa e o cumprimento dos deveres legais”.¹¹ Como dito, em virtude da crescente busca dos cidadãos por ficarem a par de seus direitos, as ações ingressadas por esses no judiciário tornam-se cada vez mais numerosas, todavia, nem sempre são bem

⁹ KFOURINETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.

¹⁰ OLIVEIRA, Camila Vasconcelos de. **Judicialização da medicina no Brasil: uma análise crítico-propositiva de um problema persistente sob a ótica da bioética de intervenção**. 2017. Orientador: Prof. DR. Volnei Garrafa. 2017. Dissertação (Doutorado em Bioética) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

¹¹ MASCARENHAS, Igor de Lucena. Judicialização da saúde complementar: a ilegitimidade do médico para responder diretamente pelo dano causado. **Contraditor.com**, (S. 1), ago. 2021. Disponível em: <https://www.contraditor.com/judicializacao-da-saude-complementar>. Acesso em: 20 set. 2021.

fundamentadas como deveriam. O paciente, antes de entrar com uma ação judicial contra o seu médico, a quem credita a responsabilidade por seus danos, precisa analisar com cuidado todos os fatores que envolveram o seu caso, para ter a certeza sobre quem a responsabilização do ato danoso deve recair.

Há casos em que, sob certas circunstâncias, ocorre erro de diagnóstico: o médico utilizando-se do seu conhecimento e de técnicas adequadas, além de seguir as regras da sua ciência, vem a cometer uma falha no exercício da sua profissão, e chega a conclusões inverídicas que possam causar um resultado danoso ao seu paciente. Nesse cenário, o médico não tem o dever de reparar o dano sofrido, já que esse ocorreu mesmo com o emprego das técnicas adequadas e habituais por parte do profissional.

Nessa linha, segue ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a matéria:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO. LÚPUS ERITEMATOSO SISTÊMICO (LES). RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ERRO NO DIAGNÓSTICO NÃO COMPROVADO. A doutrina distingue duas hipóteses de responsabilização médica: a responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal, e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos os hospitais. **Na hipótese dos autos, trata-se de responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico, uma vez que a autora moveu a ação contra o profissional que lhe prestou os serviços. É a chamada responsabilidade subjetiva, prevista no artigo 14, 5º 4º, do CDC, fazendo-se necessária a comprovação do agir culposo do profissional. Hipótese em que a prova dos autos conduz à claramente que não houve erro por parte da médica demandada ao diagnosticar inicialmente o Lúpus - doença crônica de difícil diagnóstico, já que o grau de evolução e comprometimento pode variar, e intercalar em períodos de remissão e atividade.** Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.¹² (Grifou-se)

No caso supracitado, onde ocorreu um erro de diagnóstico, percebe-se que a sentença foi favorável ao médico, visto que a doença apresentada pela paciente possui apresentações clínicas diversas, o que torna seu diagnóstico desafiador, mesmo em situações nas quais observaram-se os padrões adequados e esperados para o exercício correto da medicina. Por conseguinte, torna-se evidente que o dever de indenizar nem sempre recairá sobre o médico, sendo de grande importância o conhecimento acerca das situações que podem isentá-lo de tal obrigação. Nas palavras de Genival Veloso de França “é preciso desarmar as pessoas de um certo preconceito de que todo resultado atípico e indesejado no exercício da medicina é de responsabilidade do médico”.¹³

A existência do dano é um fator imprescindível para a análise de uma possível configuração da responsabilidade civil do médico, tendo em vista que é por meio deste que o magistrado consegue começar a sua busca pela culpa do profissional, analisando se é caso de responsabilizá-lo ou não.

O dano “é toda ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”.¹⁴ Na responsabilidade civil, os danos indenizáveis são os patrimoniais e os extrapatrimoniais,

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Décima Câmara Cível). **AC: 70063271712 RS**. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 05/11/2015. Data de Publicação: 20/11/2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927985556/apelacao-civel-ac-70063271712-rs>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. p. 61-62.

¹⁴ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 178, n. 178, p. 33-53, 1997. Disponível em: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/130.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

conforme redação do artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.¹⁵ O dano patrimonial é de natureza material ou econômica e, “normalmente são consequências de danos físicos: lucros cessantes, despesas médico-hospitalares, medicamentos, etc”,¹⁶ e o dano extrapatrimonial é de natureza imaterial.

É oportuno analisar, neste ponto, acerca dos elementos de cada dano. Iniciando com o dano material, faz-se necessário ponderar que este pode ser um dano emergente, ou seja, que lhe imponham prejuízos econômicos diretamente, causando uma diminuição do seu patrimônio. “Os danos emergentes devem ser demonstrados pela vítima e são calculados sobre o valor dos bens e direitos lesados ao tempo do fato, uma vez que por esse valor se compreender o patrimônio da vítima quando ocorre a lesão”.¹⁷

Há, pois, a possibilidade de o dano ser um lucro cessante que consiste na “vantagem econômica a qual a vítima deveria obter no curso normal de sua atividade, mas que, em razão da conduta antijurídica do agente, restou impedida. Há, nesse caso, a frustração de um enriquecimento legítimo”.¹⁸

Já os danos imateriais, “são aqueles que atingem sentimentos, a dignidade, a estima social ou a saúde física ou psíquica, ou seja, alcançam o que se pode denominar de direitos de personalidade ou extrapatrimoniais”.¹⁹ Dentro do gênero imaterial do dano, existem espécies, como o dano moral puro, o dano estético, dentre outros que não cabem ser mencionados nesse estudo.

O dano imaterial “salvo em casos especiais, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta”.²⁰ Assim, percebe-se que, diferentemente do dano material, a comprovação do dano imaterial é muito mais delicada e difícil, e, por isso, a sua comprovação se dá pela existência do dano *in re ipsa*, no sentido de “ele ser ínsito a própria ofensa, sendo suficiente a prova desta última para que se tenha aquele como existente”.²¹

Nessa senda, identificado o caso como de responsabilidade civil, o dano sofrido deve ser reparado. O autor de uma ação de reparação de dano busca a neutralização desse, fazendo com que ele desapareça na medida do possível. O Código Civil no seu artigo 944²² traz como regra geral a aplicação do *restitutio in integrum*, o princípio da reparação integral, o qual consiste na reparação total do dano, não apenas de uma parte sua.

O princípio da reparação integral “busca estabelecer uma relação de equivalência entre a extensão dos danos sofridos pela vítima (elemento do ato ilícito e pressuposto da responsabilidade civil) e a indenização correspondente (prestação da obrigação de indenizar)”.²³ A reparação do dano causado visa a restabelecer, na forma mais próxima possível, o *status quo* anterior ao fato, reparando o dano, seja na mesma forma do próprio bem lesado,

¹⁵ Artigo 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. (BRASIL. **Lei 8.078/1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, DF: Presidência da República, 1990).

¹⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 106.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93.

¹⁸ *Ibid.*, p. 93.

¹⁹ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 130-131.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 570.

²¹ LUTZKY, op. cit., p. 150.

²² Artigo 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

²³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.

caracterizando assim a reparação natural, seja na forma de indenização monetária com o valor equivalente aos danos sofridos, caracterizando a reparação pecuniária.

Independentemente do grau de culpa do autor do dano, a pessoa tem o dever de indenizar integralmente a vítima, pouco importando se ela quis causar o dano integral ou não. Como cada caso tem as suas peculiaridades, o juiz, quando estiver diante de uma ação de reparação de dano, poderá reduzir, nos casos previstos no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil,²⁴ equitativamente, a indenização, aplicando o princípio da equidade, adequando a Justiça ao caso concreto.

Cumprindo ainda rememorar que “o parágrafo único do art. 944 do Código Civil é uma verdadeira exceção ao princípio da reparação integral, visto que o Juiz deverá examinar o grau da culpa do lesante e o dano, para, em caso de desproporção gritante, diminuir o *quantum* indenizatório”.²⁵ Percebe-se, portanto, que o legislador de 2002 preocupou-se com a indenização sendo medida pela extensão do dano, fazendo com a vítima tenha uma proteção e garantia maior de que ela possa retornar ao estado anterior ao fato.

Cabe argumentar, todavia, que, ao contrário dos danos materiais que podem ser reparados integralmente, nos danos imateriais não se tem esse meio de reparação. “Tem-se entendido, hoje, que a indenização por dano moral representa uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza infligida injustamente a outrem, e que todas as demais dificuldades apontadas ou são probatórias ou são as mesmas existentes para a apuração do dano material”.²⁶

À vista disso, faz-se necessário estudar com cautela quais são os principais fatores que levam os pacientes a moverem um processo contra o seu médico, quais as causas que mais são objeto das ações judiciais e como fazer com que o médico consiga prevenir-se de tais demandas. A garantia de proteção dos direitos individuais é indiscutível; todavia, o grande montante de processos existentes faz com que cada vez mais o judiciário esteja abarrotado com tais ações.

Na busca pelo decréscimo da judicialização da medicina, torna-se imperativo compreender os fatores que impulsionam o aumento de processos contra os médicos no exercício de sua profissão. Tais fatores são determinantes para avaliar a responsabilização do ato danoso, o que pode isentar ou não o profissional do dever de indenizar.

2.1 DAS RAZÕES QUE LEVAM O PACIENTE A PROCESSAR O MÉDICO

Afinal, quais são os motivos que levam o paciente a processar o seu médico? Analisando as ações judiciais conclui-se que grande parte delas são movidas por conta de um dano sofrido, seja ele referente a questões como o erro não sendo sinônimo de culpa, problemas de relacionamento médico-paciente, falha no dever de informação ou ausência de consentimento informado.

Os números de causas judiciais por erro médico crescem significativamente no Brasil, “no ano de 2016 as acusações referentes ao erro médico foram de pelo menos 26 mil processos”,²⁷ o que resulta no crescente avanço da judicialização da medicina. O erro médico é um fator que gera grande parte das demandas, e, à vista disso, ele precisa ser compreendido pelas partes da ação: em quais situações ele configurar-se-á e quando a sua responsabilização recairá sobre o profissional de saúde.

²⁴ BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

²⁵ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 116.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 571.

²⁷ ALVIM, Mariana. Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros. **BBC News Brasil**, São Paulo, set. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337>. Acesso em: 19 ago. 2021.

O médico está sujeito a erros, tal qual qualquer outra figura humana exercendo sua profissão, portanto deve-se somar à equação judicial uma das principais características inerentes a todo ser humano: a falibilidade humana.²⁸

O erro médico nada mais é do que “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão de um profissional”.²⁹ O erro decorre de um mau emprego da técnica, por parte do médico, fazendo com que ocorra um resultado não esperado por inobservância dos meios corretos que deveriam ter sido aplicados. No que concerne a configuração do erro médico, é o entendimento pacífico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO. FRATURA ÓSSEA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. **Hipótese em que restou evidenciada a negligência dos profissionais vinculados à fundação ré no atendimento prestado ao autor. Escolha de tratamento conservador desconsiderando a urgência que o caso demandava, cujo tratamento deveria ser cirúrgico. Má consolidação da lesão, cuja consequência foi uma severa limitação do punho fraturado. Dever de indenizar configurado.** NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.³⁰ (Grifou-se)

A partir da análise da ementa, resta evidente que o erro médico será configurado nos casos em que houver uma falha na prestação de serviço do profissional, tendo o médico agido com negligência, imperícia ou imprudência. Essa falha no exercício da sua profissão deve ser comprovada para fins de responsabilização do médico.

Ainda, sobre o conceito do erro médico, Genival Veloso de França esclarece:

O erro médico, quase sempre com culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais.³¹

Por inúmeras vezes, o erro profissional é tratado como se estivesse vinculado à ideia de que sempre decorre da culpa do médico, todavia, “a culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência e, relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão”.³² A figura do erro médico não pode ser considerada sinônimo da culpa que gerará ao profissional o dever de indenizar, pois, se já existem previsões legais que protegem o médico mesmo diante de um dano causado no exercício da sua profissão isentando-o do dever de indenização, a culpa e o erro não podem figurar como sendo sinônimos.

A identificação do erro não busca a comprovação da culpa do agente que o cometeu, mas “interessa-se apenas por avaliar se a conduta médica adotada diferiu de outra conduta que possivelmente não ocasionaria o dano”.³³ Assim sendo, a culpa é um dos requisitos para a

²⁸ ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica perante o paciente, o médico, o jurista, o seguro**. Rio de Janeiro: José Kefino, 1971. p. 171.

²⁹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 124.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Décima Câmara Cível). **AC: 70082273814 RS**. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 31/10/2019. Data de Publicação: 20/01/2020. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886164920/apelacao-civel-ac-70082273814-rs>. Acesso em: 19 set. 2020.

³¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 257.

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 433.

³³ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 110.

comprovação de uma futura responsabilização médica sobre um erro, e não para a existência do erro médico.

O erro médico que vai gerar o dever de indenizar configura-se diante de uma ação ou omissão de uma conduta médica no exercício da profissão, com culpa, causando danos ao paciente. Por conseguinte, a culpa se torna um dos elementos fundamentais para a caracterização do dano por erro médico, e, nessa senda, não se pode afirmar que o médico ao cometer uma falha no exercício da sua profissão, a está cometendo com culpa. O erro em questão não pode ser considerado como requisito para a responsabilidade do médico, em virtude de ocorrer casos em que independentemente de sua culpa ele existe.

Como será visto adiante, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, ou seja, sua responsabilização por algum dano deve decorrer de um agir com -culpa ou dolo *stricto sensu*, além do reconhecimento do vínculo causal que conecta a conduta do agente ao dano diretamente.

Por este motivo, um erro profissional cometido por um médico pode nem sempre gerar o dever de responsabilização à parte lesada. Deve-se, portanto, analisar em primeira mão se todos os requisitos para a sua configuração foram atendidos. “A causa do erro médico é importante para identificar um erro escusável ou inescusável”.³⁴ Sob esse ponto de vista, os fatores que vão configurar a existência de um erro por parte do profissional são essenciais para que se possa definir se o médico deve ou não ser responsabilizado por tal ato.

É fundamental que o paciente entenda que a culpa ou a negligência, como já dito, não está presente sempre que houver o erro, pois esse último pode não gerar o dever de indenizar em todo o caso em que acontece, podendo ser um erro escusável. São situações que podem caracterizar o erro escusável: resultado adverso mesmo tendo sido observadas as peculiaridades do caso e técnicas preconizadas e conduta do paciente que gerou interferências no resultado esperado.³⁵

Com mais propriedade sobre o tema, observa o Álvaro Vidal Olivares:

Negligência ou culpa não é o mesmo que erro, pois este é escusável. No primeiro caso, há culpa ou negligência no caso de o profissional médico ou seus auxiliares, em violação dos deveres de cuidado devidamente impostos pela *lex artis*, por exemplo, realizar uma intervenção cirúrgica sem prévia esterilização do instrumental cirúrgico, ou ainda, operar um paciente com trauma ósseo sem um estudo prévio de exames de imagem. Aqui ocorre um erro médico, mas com a presença da culpa. Ao contrário, há erro escusável quando ocorre dano por causa da ação médica, mas esta não se deve a sua negligência, em circunstâncias em que o profissional tomou os cuidados necessários, ou seja, observadas as orientações ditadas pela *lex artis*.³⁶

O erro de diagnóstico, por exemplo, é uma modalidade do erro escusável. “É escusável o erro de diagnóstico tido como inevitável, ou seja, mesmo observadas todas as cautelas ainda

³⁴ TOMÉ, Patrícia Rizzo. **Responsabilidade civil médica**. São Paulo: Chiado, 2020. p. 172.

³⁵ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 60.

³⁶ “Negligência o culpa no es lo mismo que error, cuanto este último es excusable. E En el primer supuesto, existe culpa o negligencia en caso de que el profesional médico o sus auxiliares, con infracción a los deberes de cuidados que impone propiamente la *lex artis*, por ejemplo, realizar una intervención quirúrgica sin esterilización previa del instrumental de cirugía, o bien operar a un paciente con un trauma óseo sin un estudio previo de exámenes de imagenología. Aquí se produce un error médico, pero culpable. Por el contrario, existe error excusable cuando se produce un daño a causa de la acción médica, pero esta última no se debe a su negligencia, en circunstancias de que el profesional tomó las medidas de cuidado necesarias, vale decir, observo las pautas dictadas por la *lex artis*”. (OLIVARES, Álvaro Vidal. Responsabilidad civil por negligencia médica. **Academia Judicial de Chile**, Santiago, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/37721616/Responsabilidad_civil_medica_CAJ_pdf. Acesso em: 11 ago. 2021).

sim se verificaria o dano”.³⁷ Acerca desse ponto, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL RESPONSABILIDADE CIVIL ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. IDENTIFICAÇÃO DO SEXO DO BEBÊ. EXAME DE ECOGRAFIA OBSTÉTRICA. DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO. GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR NÃO COMPROVADO, DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. 1. Aplica-se a responsabilidade objetiva aos estabelecimentos hospitalares e às empresas prestadoras de serviços de atendimento à saúde pelos serviços que prestam, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do demandado e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. (...) **Isso se deve ao fato de que não houve equívoco nos procedimentos adotados pelo médico que assistiu à autora na realização do exame de imagem, pois sequer atestou o sexo do bebê na conclusão do laudo da ecografia realizada, não havendo desídia na prestação dos serviços de assistência à saúde, nem nexos causal entre a conduta médica adotada e o resultado danoso advindo.** (...), 4. **A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente.** 5. No caso em tela as provas carreadas ao feito não são suficientes para demonstrar a conduta imperita do médico demandado, em especial porque a conclusão do laudo de ecografia obstétrica não faz menção ao sexo do bebê, apenas analisa as condições da gestação. (...) **7. A par disso, deve ser levado em consideração que os diagnósticos com base em ecografia, como no caso dos autos, não possuem exatidão, nem podem revelar com certeza inequívoca o sexo do bebê, pois se trata de um exame de imagem, coletada no momento em que é realizado e que depende de variáveis como a posição em que se encontra o feto naquele momento.** 8. **Portanto, não assiste razão à parte demandante ao imputar aos réus a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos o nexo de causalidade entre o abalo moral da autora e o suposto erro de diagnóstico. Isto porque não foi demonstrado o descumprimento do dever de informar pelo médico que atendeu a gestante, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o artigo 373, I, do CPC, restando afastada a hipótese de falha na prestação de serviço aventada na petição inicial e, conseqüentemente, do dever de indenizar.** Inteligência do artigo 186 do CPC. Negado provimento ao apelo.³⁸ (Grifou-se)

No presente caso, diante da impossibilidade da exatidão dos resultados obtidos pelo exame realizado pelo médico, não é possível que este seja responsabilizado pelo suposto erro quanto ao sexo do bebê. O profissional tomou todas as medidas necessárias e utilizou das técnicas adequadas para obter o resultado esperado, e não existem provas que ele tenha confirmado com precisão o sexo do bebê para a gestante na hora do exame.

Os processos que versam sobre a responsabilidade médica, além de terem uma tramitação longa e exaustiva por dependerem de uma série de elementos que precisam ser analisados, precisam contar com provas concretas que embasam a veracidade dos fatos com a maior clareza possível. A mera presunção de que houve um erro por parte do médico não deve

³⁷ CAMPOS, Paloma Mendes. Responsabilidade civil médica por erro de diagnóstico. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2021. Disponível em: https://issuu.com/defensoriapublicadoriograndedosul/docs/revista_da_defensoria_publica_ed_1. Acesso em: 14 ago. 2021.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Quinta Câmara Cível). **AC: 70085077386 RS**. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 30/06/2021. Data de Publicação: 08/07/2021. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1243746260/apelacao-civel-ac-70085077386-rs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

servir de fundamento para uma ação judicial, como pode-se verificar pela ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. 1. Para identificar eventual erro médico, não pode o Julgador partir de um diagnóstico retroativo, mas sim tentar interpretar a conduta médica ao se deparar com o caso em momento em que não havia qualquer diagnóstico claro. Ou seja, no momento do julgamento, já se sabe qual era a patologia que acometia o paciente à época em que procurou atendimento. E então fica mais fácil indicar o que poderia ou deveria ter sido feito. Todavia, na época do atendimento, os sintomas apresentados pelo paciente eram eventualmente compatíveis com vários diagnósticos. E então, nessas circunstâncias, **o que deve o Juiz analisar é se a conduta do médico foi ou não tecnicamente compatível com o quadro que tinha diante de si. Somente condutas claramente equivocadas, à luz da ciência médica, é que podem ser consideradas como reveladoras de verdadeiro erro de diagnóstico.** Para analisar a responsabilidade do médico, deve o julgador imaginar, à luz dos elementos existentes nos autos, qual teria sido a conduta de um médico standard, da mesma especialidade, se se encontrasse nas mesmas condições. 2. **No caso, pelo conjunto probatório, não é possível identificar qualquer conduta culposa por parte do réu (negligência, imprudência ou imperícia), que prescreveu tratamentos compatíveis com a sintomatologia apresentada pela autora e lhe prestou atendimento sempre que solicitado.** (...) Ausência de evidência de que o atendimento prestado pelo hospital tenha sido insuficiente ou deficiente, ou mesmo de que a UTI neonatal teria provocado um melhor resultado, repito, nas condições do caso. 4. Improcedência, pois, das pretensões. APELO PROVIDO. (Grifou-se)³⁹

Conforme trata a ementa supracitada, o juiz ao avaliar o caso deve observar qual foi a conduta adotada pelo médico quando houve o dano ao paciente, analisando quais eram as circunstâncias quando o ato ocorreu e se a culpa do médico de fato existiu. A partir da análise desses elementos probatórios, o juiz chegará à conclusão se o caso é um erro de diagnóstico, este escusável, ou não, fundamentando a sua decisão em provas concretas e não em meras presunções.

Sob essa perspectiva, as demandas que tomam conta do poder judiciário podem nem sempre estarem fundadas nos motivos certos, podendo ocorrer casos em que o autor da ação, o paciente, acredita estar diante de um ato danoso médico, mas, na verdade, encontra-se em uma situação em que esse profissional não agiu com culpa ou não estava presente o nexo de causalidade e, assim, não se caracterizou o erro médico propriamente dito.

Outro aspecto importante a ser tratado ao falar-se dos fatores que levam os pacientes a processarem os médicos é a mudança no relacionamento entre o médico e o paciente, a qual, ocasionalmente, encontra-se deteriorada. “Na maioria das vezes, as queixas sobre o atendimento dizem respeito a falhas na comunicação com o profissional: inabilidade em acolher e escutar o suficiente para tirar conclusões; utilização de jargão excessivamente técnico e pouco compreensível ao ouvinte”.⁴⁰ Uma precária relação entre as partes no ramo da saúde não é a regra geral, contudo, são as situações de exceção, como essas, que abarrotam o judiciário pouco a pouco.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Nona Câmara Cível). **AC: 00262209320218217000**. RS. Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 25/08/2021. Data de Publicação: 27/08/2021. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1286844203/apelacao-civel-ac-70085126670-rs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁴⁰ CERON, Mariane. Habilidades de comunicação: abordagem centrada na pessoa. **Universidade Federal de São Paulo, UNA-SUS**, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_psicossocial/Unidade_17.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

O relacionamento que se cria no âmbito da prestação de serviço, é composto por uma série de fatores que fazem com que ele funcione de forma equilibrada para ambas as partes. Em uma relação sempre há troca de informações; a comunicação, clara e direta, é o que faz com que as partes consigam se entender e acordar as suas vontades, todavia, na relação médica, nem sempre isso acontece.

As demandas judiciais são movidas, diversas vezes, pela falta do elemento imprescindível da relação entre o profissional e o paciente que é a comunicação. Em situações nas quais o paciente e o profissional conseguem se expressar com clareza, prestando informações objetivas e sendo transparentes em suas falas, raramente o atendimento originará uma ação judicial contra o médico. A escuta ativa do médico para com seu paciente, a atenção e o zelo necessário, são condutas que o profissional precisa ter para aprimorar cada vez mais essa essencial relação.

A incomunicabilidade em uma relação médica pode trazer muitos danos tanto para o paciente como para o médico, o que explica em parte o alto número de demandas judiciais na área da saúde. O paciente deve ter conhecimento acerca de qual é a sua situação de saúde após uma consulta com o seu médico, é um direito do paciente estar bem-informado sobre as suas condições e quais serão os próximos passos na condução de seu caso.

Sob essa perspectiva resta evidente que o médico deve, por mais que já tenha comunicado, garantir sempre que possível que o seu paciente esteja informado e compreenda qual seu diagnóstico e quais as técnicas e procedimentos serão utilizados.

“É preciso lembrar que no contexto do aumento de litígios evitáveis na relação entre médicos e pacientes a dificuldade em chegar ao consenso pode decorrer, justamente, da assimetria no poder, da passividade imposta ao paciente social e historicamente”.⁴¹ Essa assimetria de poder decorre do fato de o médico ser o detentor do saber prático da medicina, é ele quem sabe o que deve fazer e quais medidas são necessárias para cada paciente, entretanto, nem sempre ele leva em conta a opinião do paciente, o qual irá se submeter a certo procedimento, ficando este apenas como um ouvinte na relação.

“O dever de informação recíproca entre as partes e o ato de compreender as informações devem ser requisitos complementares, fundamentais à administração dos riscos que envolvem, naturalmente, a relação”.⁴² O dever de informar existe para os dois lados, tanto para o médico que deve sempre comunicar o seu paciente detalhadamente sobre as condições em que esse se encontra, sobre possíveis tratamentos e sobre informações que ele deva saber, como para o paciente, que precisa narrar o seu histórico médico, suas dores e todos os fatos que podem influenciar na consulta e posteriormente em algum tratamento ou cirurgia que será feito.

O paciente ao se dirigir ao consultório médico ou a um hospital para realizar algum exame ou procedimento precisa ter todas as informações necessárias para que assim possa se submeter a isso, não correndo o risco de expor-se a uma situação desconhecida e incompreendida que possa lhe colocar em perigo ou que lhe desagrade. Essas situações que mostram a falha no dever de informação do paciente com o médico trazem consigo demandas judiciais, que impulsionam a judicialização da medicina.

O fato de um paciente submeter-se a um procedimento às escuras, sem estar completamente ciente de seus riscos, é um fator que futuramente poderá vir a ensejar uma ação

⁴¹ VASCONCELLOS, Camila. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. **Revista Bioética**, Brasília, v. 20, n. 3, p. 389-396, 2012. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533260002>. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁴² ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Relação médico-paciente: Informação e compreensão como pressupostos fundamentais à prevenção de litígios. **Migalhas**, jun. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/346654/relacao-medico-paciente-prevencao-de-litigios>. Acesso em: 26 set. 2021.

judicial contra o profissional da saúde que lhe acompanhou. Acerca desse ponto muito bem explicou Nycolle Araújo Soares em seu artigo:

As possibilidades de erros são bastante conhecidas pelos profissionais, que tentam ao máximo se prevenir para que não ocorram. Porém, interessantemente, não raro percebemos que o dever de informação acaba sendo ignorado. Boa parte dos pacientes se submetem a procedimentos mesmo sem ter total clareza a respeito, utilizam medicamentos sem conhecer os eventuais efeitos colaterais, optam por terapias sem conhecer a efetividade delas, ainda que seja obrigação dos profissionais fornecerem essas informações ao paciente.⁴³

No tocante ao princípio do consentimento informado, cumpre observar, que ele é uma fase anterior à efetiva prestação de serviço do médico ao seu paciente. Esse momento pode ser configurado como sendo uma fase pré-contratual, na qual o médico necessita cumprir com o esclarecimento do paciente e o atendimento do amplo dever de informação.⁴⁴ O consentimento informado é o exercício da vontade do paciente, podendo ele, de acordo com o seu desejo, se submeter a certo procedimento, uso de medicamento ou não.

O consentimento informado, portanto, é o exercício do direito da sua autonomia, cabendo-lhe participação nas decisões que o afetarão diretamente, além de ditar os limites da atuação médica. Tal princípio, é benéfico ao profissional na hora de exercer a sua profissão. Uma das consequências do consentimento é “a prova pelo médico (em geral quando realizada por escrito) de que informou correta e amplamente o paciente quanto aos aspectos relevantes relativos ao procedimento ao qual deverá se submeter”.⁴⁵

Depreende-se do exposto que o consentimento informado, além de beneficiar o paciente, garantindo-lhe a informação e participação nos atos subsequentes a consulta que o envolvam, é essencial para o médico, tendo em vista que é um meio de prova do qual ele pode se valer em uma ação judicial. Sobre o consentimento informado, muito bem elucida a ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR. CIRURGIA DE LIGADURA DE TROMPAS. CONSENTIMENTO INFORMADO. COMPROVAÇÃO. LESÃO DA ALÇA DO INTESTINO. RISCOS QUE SÃO PREVISTOS NA LITERATURA MÉDICA. FATORES DE PREDISPOSIÇÃO DA PACIENTE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA REFORMADA. A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico, sob pena de não haver erro médico indenizável. **O consentimento informado estabelece que o médico deve dar ao paciente informações suficientes sobre o tratamento proposto. O direito de informação contém disposição expressa na Constituição Federal (art. 5º, XIV), constituindo-se num dos direitos do consumidor (art. 6º, inc. II, do CDC). Dever de informação igualmente presente no Código de Ética Médica. Hipótese em que os documentos dos autos comprovam a existência do consentimento informado. Situação em que o profissional adotou o procedimento recomendado para a cirurgia realizada (ligadura de trompas). A lesão da alça do intestino decorreu do risco do procedimento, bem como por fatores de predisposição da própria paciente. imperícia não verificada. Sequer é possível falar em violação a dever de cuidado objetivo. Sentença de parcial procedência reformada. Precedente da Câmara.**

⁴³ SOARES, Nycolle Araújo. A relação Médico-Paciente e o surgimento de demandas judiciais. **Revista Jurídica, UniEVANGÉLICA**, v. 15, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1952>. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 584.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 586.

APELO DA PARTE RÉ PROVIDO. APELO DA AUTORA PREJUDICADO.⁴⁶
(Grifou-se)

Em consideração a isso, observa-se, então, que o consentimento informado é um princípio que consolida a relação médico-paciente, e, que, a prova de que o paciente sabia dos efeitos e dos procedimentos que ele iria se submeter auxiliam na defesa do médico. Por mais que a existência desse não eximirá o profissional de responsabilidade por seus atos, salvo nos casos em que o dano resultar de um risco obstante a conduta do médico,⁴⁷ ele torna a relação médico-paciente mais equivalente o possível, já que o médico é quem detém o conhecimento acerca da matéria.

Desta feita, “ao reconhecer o paciente como ser autônomo, livre e merecedor de respeito, o médico estará criando um ambiente gerador de empatia, confiança e esperança, os quais constituem remédios mais potentes e indispensáveis à ciência médica”.⁴⁸ O médico ao utilizar dos recursos que estão a sua disposição, como o princípio consentimento informado, está protegendo-se, ao máximo possível, de eventuais futuras demandas judiciais contra si, visando agir da melhor maneira, empregar as melhores técnicas e ter um bom relacionamento com o seu paciente.

A partir da análise dos fatores que mais levam o paciente a processar o médico, torna-se primordial falar acerca da responsabilidade civil do médico. Aspectos como quando ele virá a ser responsabilizado por uma eventual falha na prestação do seu serviço, qual o tipo de responsabilidade que a ele se enquadra na relação médico-paciente e em quais casos ele exime-se do dever de indenizar a parte autora nas demandas judiciais, são peças fundamentais que devem ser estudados com cautela ao se falar em responsabilidade civil médica.

Os tipos de responsabilidade civil que envolvem a figura do profissional da saúde são essenciais para a configuração do dever de indenizar. A responsabilidade subjetiva, que é uma das responsabilidades que englobam os médicos, não admite a presunção da culpa, devendo a autora da ação comprovar o agir incorreto do médico. Já na responsabilidade contratual, o que se tem é a quebra do contrato existente entre as partes da relação médico-paciente, fazendo com que, na ausência da prestação de serviço compactuada gere o dever de indenizar.

2 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E CONTRATUAL DO MÉDICO

O médico, como visto acima, vem sendo alvo de diversos processos judiciais, sejam eles embasados em um erro médico sofrido ou em uma má relação médico-paciente, por exemplo, e, diante desse cenário, é essencial que se entenda qual é o tipo da responsabilidade desse profissional. O dever de responsabilizar a parte autora de uma ação não é absoluto, e sim, relativo, pois, em nem todos os casos, o litígio existente decorre de uma conduta de fazer ou não fazer do médico.

Nos primórdios deste século, o médico era considerado uma figura quase que divina: tinha o dom da cura e quase não havia ressalvas quanto a isso. “O médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico de família, amigo e conselheiro, figura

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Nona Câmara Cível). **AC: 70042026286 RS**, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 19/10/2011. Data de Publicação: 24/10/2011. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/907746237/apelacao-civel-ac-70042026286-rs>. Acesso em: 06 out. 2021.

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 587.

⁴⁸ BRANDÃO, Jecé Freitas. Consentimento informado na prática médica. **Conselho Federal de Medicina**, Brasília, DF, nov. 1999. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/artigos/consentimento-informado-na-pratica-medica/>. Acesso em: 06 out. 2021.

de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda a litigância sobre eles”.⁴⁹

O forte elo desenvolvido entre o profissional da saúde e as famílias por ele atendidas naquela época gerava uma confiança quase paternalista em seus serviços. Sua figura, de estima inquestionável, garantia-lhe créditos quanto a procedimentos realizados e medicamentos prescritos, os quais raramente eram postos à prova por seus pacientes.

Hoje as circunstâncias são totalmente diferentes. As relações sociais tornaram-se muito mais impessoais, o vínculo de carinho e zelo entre as partes, muitas vezes, já não existe mais. A sociedade passou a estar mais ciente dos seus direitos, exigentes com a qualidade do serviço prestado e com o resultado obtido, fazendo com que os médicos fiquem mais suscetíveis a serem processados judicialmente ante uma falha no exercício da sua profissão.

“A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, visando a alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao Direito e danosas a outrem. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta.”⁵⁰ A responsabilidade decorre de uma ou mais condutas contrária ao Direito que o agente comete. A responsabilidade do autor que violou da norma jurídica é um dever seu diante da vítima do dano que a sua conduta causou.

O Código Civil Brasileiro prevê a responsabilização do médico frente a possíveis danos no exercício de sua profissão, quando agir com negligência, imperícia ou imprudência, causando qualquer tipo de dano à saúde do paciente, conforme a previsão legal no seu artigo 951.⁵¹ Ademais, a reparação ao dano causado está prevista no artigo 186 c/c artigo 927⁵² do mesmo dispositivo legal, e, em vista disso, o paciente que sofreu um dano decorrente de um erro médico tem o direito de ser reparado por esse.

Cumprido referir que no estudo da responsabilidade civil analisa-se a conduta do agente, composta por uma série de atos, ou ainda um único ato, que gerem por si o dever de indenizar. Avaliada a conduta do agente e constatando-se que essa foi a causadora do dano, seja por uma ação ou omissão, tem-se o dever de reparação. A culpa do agente e o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do autor, são pressupostos da responsabilidade civil que devem existir no caso concreto para que haja o dever de indenizar.

Como visto, é necessário que se tenha uma relação entre a conduta praticada e os danos causados ao paciente, o chamado nexo de causalidade. Sem a relação entre o fato ilícito e o dano por ele produzido não se admite o dever de indenizar. “O nexo de causalidade constitui exatamente essa relação de causa e efeito que deve existir entre o dano e o defeito do produto ou do serviço”.⁵³ O nexo causal é, além de um pressuposto da responsabilidade civil, um fator que irá perfectibilizar a obrigação de indenizar, ou seja, ele tem uma segunda função de

⁴⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 178, n. 178, p. 33-53, 1997. Disponível em: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producaointelectual/130.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁵⁰ VAZ, Caroline. Revisitando a responsabilidade civil: aspectos relevantes da antiguidade à contemporaneidade pandêmica. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 87, p. 125-152, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/190>. Acesso em: 23 out. 2021.

⁵¹ Artigo 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. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

⁵² Artigo 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. Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

⁵³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 235.

identificar “o conteúdo da responsabilidade, delimitando até onde este autor, ou a quem a lei expressa atribua o dever de indenizar, irá responder”.⁵⁴

Para analisar a fundo o elemento do nexo causal, é necessário ponderar sobre as teorias que o revelam ou que assim o deveriam fazer.⁵⁵

A primeira teoria é a da equivalências das condições, segundo a qual “o dano não teria existido se cada uma das condições não tivesse se verificado; dito de outro modo, a equivalência das condições”.⁵⁶ É também denominada de teoria da *conditio sine qua non* (condição sem a qual), “e tem uma vocação expansiva da relação de causalidade na sucessão cronológica dos acontecimentos, de modo que qualquer um daqueles que promovam um dos eventos da cadeia causal poderá ser responsabilizado pelo dano sofrido pela vítima”.⁵⁷

A respeito da segunda teoria, a da causalidade adequada, elaborada por von Kries, Paulo de Tarso Sanseverino assinala que ela “restringe o conceito de causa, estabelecendo como tal apenas a condição que, formulado um juízo abstrato, se apresenta adequada à produção de determinado resultado”.⁵⁸ Para essa teoria o fato que originou o dano tem que ser capaz de lhe dar a causa, ou seja, a condição exata da qual, normalmente, irá decorrer o resultado danoso.

A terceira e última teoria a ser analisada é a da causalidade direta ou imediata, a qual “propugna identificar como critério de determinação da causa do dano o seu caráter necessário, de modo que seja possível afirmar que sem tal causa o evento danoso não teria ocorrido”.⁵⁹ Essa teoria traz diversas discussões sobre a sua aplicação ou não pelo Código Civil brasileiro, tendo doutrinadores que reafirmam seu uso e outros que o refutam.

Para Carlos Roberto Gonçalves⁶⁰ de todas as teoria sobre o nexo causal, o legislador adotou, no artigo 403 do Código Civil,⁶¹ indubitavelmente, a do dano direto e imediato. Por mais que no atual código não haja uma regra expressa acerca do nexo causal, com base no artigo supracitado, grande parte da doutrina e também da jurisprudência sustenta que a teoria da causalidade direta ou imediata acabou sendo positivada pelo Código Civil.

Gisela Sampaio da Cruz⁶² igualmente entende que a teoria do dano direto e imediato é a que melhor soluciona os problemas referentes à responsabilidade civil. A questão da causalidade múltipla fica mais evidente nesta teoria do que na maioria das outras, as quais tendem a levar o julgador a soluções por vezes injustas.

Em contrapartida, Paulo de Tarso Viera Sanseverino identifica que “no que concerne apenas à responsabilidade por acidentes de consumo, a teoria da causalidade adequada é a que melhor se aplica devendo ser tomada na sua formulação negativa em combinação com a condicionalidade da teoria da equivalência das condições”.⁶³ Sérgio Cavalieri Filho⁶⁴ também defende tal posicionamento, sob o fundamento de que nem todas as condições que concorrem para a ocorrência do resultado são equivalentes entre si, mas apenas aquela que foi a mais adequada a produzir o fato danoso à vítima.

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 221.

⁵⁵ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 122.

⁵⁶ Ibid., p. 122.

⁵⁷ MIRAGEM, op. cit., p. 209.

⁵⁸ SANSEVERINO, op. cit., p. 239.

⁵⁹ MIRAGEM, op. cit., p. 235.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 540.

⁶¹ Artigo 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

⁶² CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 107.

⁶³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 244.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 50-52.

O que se pode então observar é que o problema da causalidade não restou resolvido expressamente, tendo espaço para inúmeras discussões sobre qual a melhor teoria que se aplica ao Código Civil Brasileiro. “Enquanto não se efetiva a necessária revisão dessa dogmática, vive-se em um momento de perplexidade com a corrosão de uma das bases da responsabilidade civil”⁶⁵, trazendo como consequência a expansão das ações indenizatórias referentes a danos sofridos pelas vítimas.

“A palavra responsabilidade origina-se do latim *re-spondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”.⁶⁶ Posto isso, o intuito da responsabilidade civil é fornecer uma ferramenta para que a vítima de um dano possa vir a ter um ressarcimento sobre o bem que foi violado, afetado.

O médico, sendo um profissional liberal, aqui compreendido como “o profissional com estudo ou treinamento específico e que se sente livre para tomar decisões quanto ao exercício de seu ofício”,⁶⁷ está amparado pela responsabilidade subjetiva, a qual decorre da prova da existência do dolo e/ou culpa *lato sensu*. Nessa esteira, dependendo da culpa para um dever de indenizar, ele também está sujeito à responsabilidade contratual, que advém de um contrato de prestação de serviço, firmado entre as partes da relação.

Nos estudos da responsabilidade civil médica referente ao tipo subjetivo, é imperioso ressaltar que “a responsabilidade subjetiva continua sendo o fundamento básico de toda a responsabilidade civil: o agente só será responsabilizado, em princípio, se agiu com culpa”.⁶⁸ O médico, ao exercer sua função, objetiva a melhora do estado de saúde do seu paciente: ele concede ao enfermo os melhores meios para que sua vida consiga melhorar e prolongar-se pelo maior tempo possível, buscando afastar as causas que possam deteriorá-la.

A responsabilidade subjetiva é fundamentada na culpa, ou seja, para que o agente seja responsabilizado por um ato é necessário analisar a conduta deste para que haja a comprovação do elemento da culpa. “O sistema de responsabilidade civil calcado na culpa tem por base o ilegítimo exercício da liberdade individual”.⁶⁹ É imprescindível para a responsabilização na responsabilidade subjetiva a existência do ato ilícito, a culpa, que viole um direito subjetivo de outrem, além do autor do dano ter agido com culpa *lato sensu*, que abarca tanto a culpa em sentido estrito quanto o dolo.

Ao falar em culpa é imperioso que seja abordado a classificação quanto à intensidade ou gravidade dessa, quais sejam: grave, leve e levíssima. O Código Civil de 1916, trazia a noção de culpa e dolo unidas na ideia de ato ilícito, em seu artigo 159.⁷⁰ Deste modo, consagrou-se no direito brasileiro que a indenização se media pela extensão do dano aferida de acordo com o nexos causal, “por esta razão, mesmo nas hipóteses de culpa levíssima, impunha-se a reparação, traduzida no adágio latino *in Lex Aquilia et levíssima culpa venit*”.⁷¹

⁶⁵ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 129.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18.

⁶⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 16.

⁶⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.dpd.ufv.br/wp-content/uploads/Bibliografia-DIR-313.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021.

⁶⁹ LUTZKY, op. cit., p. 110.

⁷⁰ Artigo 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. (BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916).

⁷¹ BANDEIRA, Paula Greco. **A evolução do conceito de culpa e o Artigo 944 do Código Civil**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, 2008.

Com o advento do novo Código Civil, o legislador previu expressamente a regra que a indenização se mede pela extensão do dano, fazendo com que, mesmo em casos de culpa levíssima, houvesse a responsabilização do agente. O parágrafo único deste dispositivo traz a possibilidade de o grau da culpa ser relevante quando o juiz for medir a indenização. Criou-se a possibilidade do juiz, percebendo que está diante de um caso de desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano causado, reduzir a indenização do dano causado, conforme encontra-se previsto no artigo 944 do Código Civil.⁷²

Dessa maneira, com a importância que os graus da culpa ganharam diante da responsabilidade civil, é necessário que seja compreendido no que eles se diferem. A culpa grave seria uma violação significativa do dever de diligência que se exige de um homem médio, pode-se dizer que essa modalidade de culpa se equipara ao dolo. A culpa leve acontece nos casos em que a falta é evitável com atenção ordinária, ou seja, é uma infração média. Por fim, a culpa levíssima é evitável a partir de um conhecimento singular, cometida por uma conduta que escaparia ao padrão médio, é uma falta de atenção extraordinária.⁷³

Vale referir agora que os atos ilícitos culposos estão associados a um comportamento negligente ou imprudente. Fala-se em culpa em sentido estrito nos casos em que a conduta do agente é reprovada e percebe-se, no caso concreto, que ele poderia e deveria ter agido de outro modo. São os casos de imprudência e imperícia. Já a culpa em sentido amplo (“lato sensu”), refere-se ao dolo, quando o agente tinha a intenção de praticar a conduta, desejando que um resultado antijurídico ocorresse e, assim, assumindo os riscos que a sua ação poderia causar. No sentido amplo, culpa tem dois significados: dolo, ou culpa no sentido estrito.

No tocante à imprudência, destaca-se que “é imprudente o médico que age sem a cautela necessária. É aquele cujo ato ou conduta são caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração. A imprudência tem sempre caráter comissivo”.⁷⁴ Já a imperícia consiste em uma “conduta comissiva, um erro técnico profissional que causa danos ao paciente. Revela o conhecimento técnico deficiente do médico, pois ele adota condutas médicas inadequadas em atuação contrária às normas técnicas”.⁷⁵ Por fim, quanto à negligência fala-se sobre uma “omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento”.⁷⁶

O que se pode então observar é que para a configuração da responsabilização do profissional, faz-se necessário a verificação da imprudência, negligência ou imperícia por parte deste, analisando se houve ou não culpa. O médico, no exercício da sua profissão, deve agir voltado para o sucesso dos seus tratamentos e procedimentos realizados, visando a melhorar a qualidade de vida do seu paciente e não agir com o intuito de lhe causar danos ou prejudicar sua saúde.

Complementarmente, deve-se mencionar que o ônus da prova recai sobre o ofendido e não ao médico, que supostamente cometeu o ato danoso. Sobre esse ponto muito bem elucidou Jorge Mosset Iturraspe, o qual aborda de maneira clara e concisa, sobre a questão do ônus da prova que recai sobre o paciente, devendo ele ser o responsável de comprovar a existência do dano e da culpa do profissional e, também, do médico que, em sua defesa, traz meios que refutarão a tese da parte autora imputando-lhe a responsabilização ao dano sofrido:

⁷² Artigo 944: A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo púnico. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente a indenização. BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 490-491.

⁷⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 259.

⁷⁵ TOMÉ, Patrícia Rizzo. **Responsabilidade civil médica**. São Paulo: Chiado, 2020. p. 165-166.

⁷⁶ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 120.

A cargo do paciente está a prova do fracasso da medicação, do resultado do tratamento, do agravamento da sua saúde, ou de outros danos que aconteceram decorrentes do ato médico. E como o médico não se obriga a curar o doente, ele deve produzir a prova de sua não culpa em resultados semelhantes, que foram seguidos apesar se sua intervenção, apesar de ter feito tudo ao seu alcance, em sua ciência e em sua consciência.⁷⁷

Ademais, nas palavras de Miguel de Maria de Serpa Lopes acerca deste ponto “pouco importa que em se tratando de uma responsabilidade contratual ou extracontratual, de qualquer modo, em se tratando de uma obrigação de meios, ao prejudicado é que incumbe o ônus probatório da infringência dessas obrigações”.⁷⁸ O que importa, quando a obrigação for de meio não é acerca da natureza do contrato que vincula o profissional e o seu cliente, mas sim o fato de que é quem sofreu o dano que tem a incumbência de provar a infringências das obrigações.

O ônus da prova fica a cargo do paciente lesado, cabendo a ele provar que o médico agiu verdadeiramente com culpa. Ao ingressar com uma ação judicial contra o profissional que cometeu possível erro médico, o paciente deve juntar aos autos provas que confirmem a sua versão dos fatos narrados, não trazendo apenas mera presunção de culpa. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o ônus da prova fica a encargo da parte autora, devendo ela comprovar a presença da culpa no ato cometido pelo seu médico. Assim, como, nos casos que a culpa do médico não é provada pela parte o médico não irá responder pelo ato danoso, já que este não agiu com culpa, conforme ementa:

CIVIL PROCESSUAL CIVIL AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. LAQUEADURA DE TROMPAS E POSTERIOR GRAVIDEZ. IMPROCEDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO INEXISTENTES. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211 DO STJ. A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE É CONTRATUAL OBRIGAÇÃO DE MEIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE À VÍTIMA. PRECEDENTES. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFASTOU O DEVER DE INDENIZAR EM RAZÃO DA FALTA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. REFORMA. SÚMULA Nº 7 DO STI. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. (...) 3. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética (REsp n. 1.046.632/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe 13/11/2013). **4. Cabe à autora demonstrar o dano e provar que este decorreu de culpa por parte do médico, razão pela qual não há falar em inversão do ônus da prova. 5. As instâncias ordinárias, de forma uníssona, e com amparo no acervo fático-probatório reunido nos autos, notadamente o laudo pericial, reconheceram não se encontrar demonstrado o fato constitutivo do direito vindicado, qual seja, a ocorrência de erro médico, que resultou em gravidez posterior ao procedimento de laqueadura de trompas. A reforma de tal entendimento atrai a incidência da Súmula nº 7 do STJ).** 6. Não é possível o conhecimento do recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos e não na interpretação da lei isso porque a Súmula 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea c. do permissivo constitucional. Precedente: AgRg no Ag 1.276.510/SP, Rel. Ministro PAULO FURTADO (Desembargador

⁷⁷ “A cargo del paciente está la prueba del fracaso de la medicación, del no resultado del tratamiento, del agravamiento de su salud, o de otros daños que se hayan seguido del se to médico; y como el médico no se puede obligar a curar al enfermo, a sanarlo, debe producir la prueba de su no culpa en resultados semejantes, que los mismos se han seguido pese a su intervencion, no cbstante haber hecho cuanto estaba en sus manos, en su ciencia y en su conciencia”. (ITURRASPE, José Mosset. **Responsabilidad civil**. Buenos Aires: Hammurabi, 1992. p. 465).

⁷⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 264-265.

Convocado do TJ/BA), DJe 30/6/2010.7. Agravo regimental não provido.⁷⁹ (Grifou-se)

Após a análise da ementa e das doutrinas supracitadas, percebe-se que cabe à parte autora da ação demonstrar a existência do dano e provar que o médico agiu com culpa. É preciso ter “o elemento formal representado pela violação de um dever jurídico mediante uma conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade”.⁸⁰

Cumpra observar, outrossim, que por mais que a responsabilidade civil subjetiva seja calcada na culpa, há casos em que, diante da dificuldade dos legisladores de conseguirem prever a culpa do agente, utilizar-se-á teoria objetiva, que está consubstanciada, em grande parte, na noção do risco. Daniela Courtes Lutzky aduz, textualmente, que “modernamente a responsabilidade civil admite tanto a culpa quanto o risco, ou seja, um modelo misto; ainda, quando, a culpa não puder fundamentar o direito à reparação, passa a entrar em cena o risco, ou seja, o modelo objetivo”.⁸¹

Em face do exposto, ante a ausência dos pressupostos que qualificam a responsabilidade civil do médico, o dever que o médico teria de reparar o dano acaba por não se configurar, na medida em que inexistem os elementos para tal em determinada situação. Como visto, ante a impossibilidade de valer-se da culpa como pressuposto da indenização, o legislador poderá recorrer à teoria do risco, encontrando soluções e respostas satisfatórias aos problemas que a sociedade apresenta.

Além de falar-se da responsabilidade subjetiva que o médico tem ao exercer a sua profissão, é essencial que seja tratado acerca de outra modalidade de responsabilidade que se cria decorrente da relação do médico com o seu paciente, qual seja a contratual. A responsabilidade contratual é aquela que surge da “violação da obrigação derivada de um negócio jurídico, cujo descumprimento caracterizaria o fato ilícito civil gerador do dano”.⁸²

O contrato é “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar modificar ou extinguir algum direito”.⁸³ A manifestação de vontades é limitada pela função social dos contratos e pela boa-fé objetiva, com base nos artigos 421 e 422 do Código Civil,⁸⁴ devendo esta ser observada pelos contratos na hora de cumprir com as suas obrigações.⁸⁵

Assim, sendo a relação médica contratual, ela será regida, na grande parte dos casos, pelas características dos contratos de prestação de serviços: bilateral, sinalagmático, oneroso,

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **AgRg no RESP: 1395293 MG 2013/0157997-9**. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 25/08/2015. Data de Publicação: DJe 03/09/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864041242/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1395293-mg-2013-0157997-9>. Acesso em: 19 set. 2021.

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 17.

⁸¹ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 113.

⁸² AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 178, n. 178, p. 33-53, 1997. Disponível em: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/130.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 35.

⁸⁴ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

⁸⁵ VAZ, Caroline. Revisitando a responsabilidade civil: aspectos relevantes da antiguidade à contemporaneidade pandêmica. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 87, p. 125-152, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/190>. Acesso em: 23 out. 2021.

comutativo e de trato sucessivo. Sobre o tema Adriana de Fátima Santos, Samira da Costa Fontes e Marcelo Lamy dissertam:

O contrato é bilateral porque há obrigações para ambos os contratantes: o médico de fornecer os serviços médicos e o paciente de pagar por eles, ou de prestar informações ou de seguir as prescrições. É sinalagmático porque tende a existir um equilíbrio, uma reciprocidade entre as prestações das partes. Também pode ser visto como oneroso porque ambos os contraentes obtêm proveitos e sacrifícios, esperando-se do médico que ele preste a melhor assistência possível de acordo com as técnicas da ciência e do paciente que ele pague a remuneração do profissional e que cumpra as suas recomendações. Os contratos médicos também podem ser classificados como comutativos porque as prestações das partes são certas e determinadas, já que pactuam antecipadamente as condutas almeçadas, não havendo a contratação de uma surpresa. São geralmente de trato sucessivo porque os atos médicos são costumeiramente reiterados, numa prestação continuada, que duram enquanto não acabar o tratamento, o que não impede que haja, ao invés, uma prestação instantânea no caso de uma simples consulta ou de uma intervenção médica de menor complexidade e pontual (extrair uma verruga, por exemplo).⁸⁶

Ainda, segundo a doutrina e a jurisprudência o contrato que se estabelece entre a relação do médico com o seu paciente é considerado *sui generis*. Acerca disso, repisam-se as palavras de Sérgio Cavalieri Filho: “o contrato do médico se caracteriza pela natureza jurídica de contrato *sui generis*, no qual possui identidade única”.⁸⁷ Consoante a isso, tem-se que a responsabilidade civil contratual médica é de natureza *suis generis*, ou seja, tem suas próprias características e peculiaridades, não estando prevista em uma legislação especial.

A relação que existe entre o médico e o seu paciente decorre de um contrato estabelecido, que na maioria das vezes ocorre de forma tácita, que, conforme previsto no artigo 107 do Código Civil,⁸⁸ são casos em que a lei não exige a declaração expressa, admitindo que ela seja manifestada implicitamente. A responsabilidade é contratual, na medida em que o paciente é quem escolhe o profissional, por livre e espontânea vontade, na maioria das vezes, e assim, dessa relação estabelecida entre as partes cria-se um contrato, onde cada parte possui deveres e obrigações que devem ser cumpridos ao longo da existência e validade desse.

“Nos tempos modernos, a responsabilidade contratual ressurgiu como etapa na evolução da responsabilidade subjetiva para a objetiva”.⁸⁹ Nesse sentido, a responsabilidade contratual surge quando há o descumprimento de um dever jurídico preexistente que advém de um contrato. A partir do momento em que um dever que foi estabelecido por uma das partes é violado ou descumprido fala-se sobre a responsabilidade civil contratual.

À vista disso, a obrigação do médico para com seu paciente, em decorrência da responsabilidade contratual, via de regra, é de meio, ou seja, “o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe, e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado”.⁹⁰

⁸⁶ SANTOS, Adriana de Fátima; FONTES, Samira da Costa; LAMY, Marcelo. Pressupostos e requisitos da responsabilidade civil contratual médica. **Unisanta Law w Social Science**, Santos, v. 7, n. 3, p. 557-558, 2018. Disponível em: file:///D:/Acer/Downloads/1737-4955-1-PB%20(2).pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 371.

⁸⁸ Artigo 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. (BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 332.

⁹⁰ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 178, n. 178, p. 33-53, 1997. Disponível em: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/130.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

Assim sendo, o médico não se compromete em entregar um resultado específico ao seu paciente, mas sim utilizar os meios a seu alcance para atingir o melhor resultado possível, seja este o esperado ou não pelo paciente.

O médico, sendo um profissional liberal e respondendo por obrigações de meio e não de resultado, como dito, não se obriga com um resultado determinado, como seria o caso das cirurgias plásticas, nas quais os médicos possuem obrigações de resultado, devendo entregar aquilo o que foi acordado e discutido com o seu paciente antes da cirurgia. “O que se torna preciso observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados contenciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência”.⁹¹ Acerca deste ponto é o entendimento pacificado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADA DEMORA NO DIAGNÓSTICO DE APENDICITE. OBITO DE PACIENTE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA QUANTO AO ALEGADO ERRO MÉDICO. 1. Aplica-se a responsabilidade objetiva aos estabelecimentos hospitalares e às empresas prestadoras de serviços de atendimento à saúde pelos serviços que prestam, na forma do art. 14. caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do demandado e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aqueia do risco da atividade desempenhada. 2. O hospital demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência denexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro, caso fortuito, ou força maior, ocorrendo a hipótese de isenção de culpa no caso em tela. Isso se deve ao fato de que não houve equívoco nos procedimentos adotados pelos médicos que atenderam ao paciente, pois de acordo com o conjunto probatório existente nos autos os procedimentos adotados pelos esculápios foram adequados para o caso, não ocorrendo a alegada desídia na prestação de serviços. 3. Não obstante isso, no feito em análise, para imputar a responsabilidade ao nosocômio demandado, nos termos da legislação consumerista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu o demandante cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional em questão, a qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedente do STJ. 4. **A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente.** 5. **No caso em tela não assiste razão a parte autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento a paciente, bem como não for provado o nexo de causalidade entre o agravamento do quadro e o atendimento prestado junto nosocômio de responsabilidade do demandado.** 6. Os honorários advocatícios deverão ser majorados quando a parte recorrente não lograr êxito neste grau de jurisdição, independente de pedido a esse respeito, devido ao trabalho adicional nesta instância, de acordo com os limites fixados em lei. Inteligência do Art. 85 e seus parágrafos do novo CPC. Negado provimento ao apelo.⁹² (Grifou-se)

Nessa senda, o paciente que vai até o seu médico em busca de tratamento para alguma enfermidade, deve saber que, em tese, todas as condutas, propostas pelo profissional de saúde, sejam elas os medicamentos prescritos, ou procedimentos e cirurgias indicados, visam um melhor resultado possível para a enfermidade apresentada.

⁹¹ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 255.

⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Quinta Câmara Cível). **AC: 00008476020218217000**. RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 31/03/2021, Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 17/06/2021. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1233585362/apelacao-civil-ac-70084872944-rs>. Acesso em: 07 out. 2021.

O que precisa ser excepcionado, porém, é que há situações em que a prestação de serviços do médico ao paciente poderá ser de resultado, como a hipótese de realização de cirurgias plásticas estéticas. Nessa hipótese o médico estando inadimplente com as suas obrigações terá a sua culpa presumida, devendo ele provar o cumprimento da obrigação compactuada e assumida. Patrícia Rizzo Tomé,⁹³ comentando acerca da obrigação de meio assumida pelo médico nesses casos traz que o Superior Tribunal de Justiça, através do REsp 81.101- PR, Min Waldemar Zveiter, DJU 31.05.1999 e REsp 326.014- RJ, DJU 29.10.2001, Min. Ruy Rosado de Aguiar, já se posicionou quanto à obrigação de resultado das cirurgias plásticas embelezadoras.

O paciente ao ingressar com uma ação judicial contra o seu médico tem a incumbência de provar a inexecução por parte do profissional.⁹⁴ Assim como na responsabilidade civil subjetiva, aqui a culpa do médico não se presume, ela deve ser comprovada pelo autor, trazendo provas contundentes acerca da culpa na conduta do médico, já que essa responsabilidade advém de um contrato.

Na responsabilidade civil aborda-se, de modo geral, o inadimplemento por parte do devedor, nas situações em que o profissional descumpre o dever de prestar o seu serviço ao credor, no caso o paciente. A responsabilidade contratual surge, no entanto, quando qualquer uma das partes fica inadimplente com suas obrigações, gerando o dever de indenizar. Sob essa perspectiva, a necessidade de indenização surge tanto quando o médico falha em suas obrigações como quando é o paciente que não cumpre as regras para o recebimento da prestação.⁹⁵ O artigo 389 do Código Civil⁹⁶, traz os elementos gerais característicos do inadimplemento, cuja responsabilidade é de quem está devendo.

Faltou mencionar, até o momento, acerca das excludentes da responsabilidade civil, que são situações em que se verifica a inexistência do dever de reparar ou indenizar, independentemente da licitude ou não da conduta praticada que deu causa ao evento danoso, por expressa previsão legal. Dentre essas causas, pode-se evidenciar o fato de terceiro, caso fortuito e força maior e culpa exclusivamente da vítima, como principais causas de excludentes da responsabilidade civil. Pode-se trazer ainda neste ponto a atenuante de culpa corrente, a qual incide sobre a relação-médico paciente e influência na responsabilidade civil do médico.

Posto isso, o profissional deve atentar-se ao fato de que há situações em que ele não irá responder pelos danos causados ao paciente. O que Eduardo Nunes de Souza⁹⁷ propõe é, portanto, que, as causas excludentes de responsabilidade civil operam, via de regra, do mesmo modo que a teoria geral da responsabilidade civil e, envolvendo a relação médico-paciente um contrato entre as partes, dentro dos mecanismos do diploma consumerista previstos no Código de Defesa do Consumidor.

A primeira situação a se tratar é em relação ao fato de terceiro, que vem regulado nos artigos 929 e 930 do Código Civil.⁹⁸ A doutrina e a jurisprudência trazem como conceito de terceira qualquer pessoa que não guarde vínculo jurídico com o suposto autor do dano, e que

⁹³ TOMÉ, Patrícia Rizzo. **Responsabilidade civil médica**. São Paulo: Chiado, 2020. p. 43.

⁹⁴ KFOURINETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 72.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 333.

⁹⁶ 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. (BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

⁹⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa: na responsabilidade civil do médico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 225.

⁹⁸ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

sua conduta tenha sido a causa exclusiva do resultado.⁹⁹ O terceiro não tem nenhuma vinculação com o agente responsabilizado, “o fato de terceiro deve ser completamente independente do comportamento do ofensor demandado, não podendo ser, de qualquer forma, a ele atribuído”.¹⁰⁰

O fato de terceiro que irá ensejar uma exclusão da responsabilidade civil do médico é aquele que, por si só, romper com o nexo causal existente entre o suposto agente causador e o dano causado à vítima. Assim, pode-se dizer que a excludente do terceiro se assemelha ao caso fortuito e força maior, em virtude de buscar os elementos da imprevisibilidade e, principalmente, inevitabilidade.

A segunda situação é do caso fortuito e força maior, equiparados no artigo 393¹⁰¹ do Código Civil Brasileiro, que muito se discute na doutrina atualmente, dado que o legislador não faz nenhuma distinção específica entre os dois. Agostinho Alvim elucida que o caso fortuito se refere a uma ação inevitável, entretanto previsível, tendo como elemento essencial a imprevisibilidade, e a força maior em relação aos eventos da natureza, os quais pode-se prever, mas não evitar, a imprevisibilidade.¹⁰² Em contrapartida, Arnaldo Medeiros da Fonseca¹⁰³ reconhece que, no direito brasileiro, não existem diferenciações entre ambos os conceitos, pelo fato de inexistir distinção precisa entre as figuras do *casus* e da *vis major*.

Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Modernamente, na doutrina e jurisprudência se tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre “fortuito interno” (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) 3 “fortuito externo” (força maior, ou *Act of God* dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta fundar no risco. O fortuito interno, não.¹⁰⁴

Nesse contexto, Patrícia Rizzo Tomé¹⁰⁵ traz que o fortuito interno se caracteriza por ser um fato que é imprevisível e, assim sendo, inevitável, que se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida pelo prestador do serviço. Enquanto o fortuito externo, também sendo um fato imprevisível e inevitável, porém estranho à organização do negócio, não guarda relação de causalidade com a atividade do fornecedor, razão pela qual exclui a responsabilidade do fornecedor do serviço, nesses casos.

Cabe agora destacar acerca da terceira excludente de responsabilidade civil: a culpa exclusivamente da vítima. Essa causa de excludente de responsabilidade é caracterizada pelo “ato ou fato exclusivo da vítima pelo qual fica eliminada a causalidade em relação a terceiro interveniente no ato danoso”.¹⁰⁶ Essa é a hipótese em que o dano ocorre em decorrência de uma conduta descuidada da vítima, incidindo diretamente sobre o nexo de causalidade.

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, parágrafo terceiro,¹⁰⁷ que o fornecedor de serviços não será o responsável ao dano causado nos casos em que a culpa for

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 87.

¹⁰⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 279.

¹⁰¹ Artigo 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

¹⁰² ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 54.

¹⁰³ FONSECA, Arnaldo Medeiros de. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 116.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 761.

¹⁰⁵ TOMÉ, Patrícia Rizzo. **Responsabilidade civil médica**. São Paulo: Chiado, 2020. p. 64-65.

¹⁰⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 727.

¹⁰⁷ Artigo 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

exclusivamente do consumidor ou do terceiro. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstra isso:

APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINARES REJEITADAS. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRATAMENTO MÉDICO, SUSPEITA DE PNEUMONIA. ABANDONO DE TRATAMENTO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. DANO MORAL INOCORRENTE. SENTENÇA REFORMADA. 1. PRELIMINARES. 1.1. Preliminar de prescrição rejeitada. Súmula 106 do E. STJ. 1.2. Preliminar de inépcia da inicial afastada, pois preenchidos os requisitos atacados, na forma do artigo 282, incisos III e IV, do Código de Processo Civil. 2. REGIME DE RESPONSABILIDADE. A responsabilidade do estabelecimento, por óbvio, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. **A responsabilidade do médico, por sua vez, enquanto profissional liberal prestador de serviços é subjetiva, nos moldes do artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor.** De outro lado, o alegado defeito na prótese regula-se pelo disposto no art. 12, também do CDC. 3. Ausência de comprovação de imperícia/negligência por ocasião do atendimento médico prestado. Prova dos autos que noticia que a demandada indicou antibiótico e solicitou exames para verificação de possível diagnóstico de pneumonia, não tendo o autor retornado com o resultado dos exames. **4. Culpa exclusiva verificada. Comprovada a culpa exclusiva da vítima, nos termos do art. 333 inciso II, CPC, combinado com o disposto no art. 6º, inciso VIII, CDC. Os elementos constantes nos autos dão conta de que o agravamento da moléstia ocorreu por desídia da parte autora que, após realizar os exames médicos solicitados pela ré abandonou o tratamento e não compareceu à nova consulta.** 5. **Sucumbência redistribuída,** PRELIMINARES REJEITADAS. APELOS PROVIDOS. PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO ADESIVO, UNANIME. (Apelação Cível Nº 70052299740, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira Julgado em 30/01/2013)¹⁰⁸ (Grifou-se)

Uma vez comprovado que o ato danoso decorreu por uma desídia por parte do paciente e afetou diretamente o nexo de causalidade existente entre a conduta adotada e o resultado, incidirá a causa de excludente de responsabilidade civil da culpa exclusivamente da vítima.

Quanto à culpa concorrente, comenta Patrícia Rizzo Tomé que essa ocorre nas situações em que o dano decorre de um comportamento de ambos os sujeitos, tanto do causador como da vítima. O que se tem é a participação efetiva da vítima em conjunto com o causador para a ocorrência do ato danoso.¹⁰⁹ Dito de outro modo, a culpa concorrente se perfectibilizará quando houver concorrência entre duas ou mais causas para a realização do dano, podendo este ter ocorrido pelo advento exclusivo de qualquer uma das causas.¹¹⁰

O que precisa ser mencionado é que há situações em que as causas se somam para a realização do dano à vítima, de modo que o dano não ocorreria, ou pelo menos não na mesma extensão, se não houvesse a contribuição da própria vítima para a sua realização.¹¹¹ Nesses casos, em que a vítima é participante de uma das causas da ocorrência do dano, nos termos do artigo 945 do Código Civil,¹¹² a culpa concorrente será uma atenuante de responsabilidade civil

insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL. **Lei 8.078/1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, DF: Presidência da República, 1990).

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Nona Câmara Cível). **AC: 70052299740 RS**, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Data de Julgamento: 30/01/2013. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/02/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112553989/apelacao-civel-ac-70052299740-rs>. Acesso em: 15 out. 2021.

¹⁰⁹ TOMÉ, Patrícia Rizzo. **Responsabilidade civil médica**. São Paulo: Chiado, 2020. p. 69.

¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 250.

¹¹¹ Ibid., p. 25.

¹¹² Artigo 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. (BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

do médico, na qual a responsabilização pelo dano será dividida com a vítima que teve efetiva participação para a sua verificação.

As situações que afastam a responsabilidade do médico, diante do rompimento do nexo causal entre a conduta e o dano, são fatos externos e irresistíveis ao agente, que, independentemente da sua ação, iriam acontecer. “Trata-se, pois, de fato externo e irresistível ao agente, que não pode impedi-lo, de modo que assume, o próprio evento, a causa do dano”.¹¹³

Agora é chegado o momento de se discutir a respeito das medidas acautelatórias/preventivas que o médico pode se valer durante o exercício da sua profissão. As providências que podem ser adotadas pelo profissional buscam evitar ao máximo condutas que causem dano ao paciente e configurem possíveis ações indenizatórias no futuro. Dentre elas pode-se apontar a medicina baseada em evidências e a descrição do prontuário, que ajudam o médico a se proteger e ficar, na medida do possível, o menos suscetível a processos judiciais.

3 DAS POSSÍVEIS MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS/PREVENTIVAS

Além de se falar das causas que levam o paciente a processar o médico e qual a sua responsabilidade é de suma importância que se trate de medidas acautelatórias/preventivas que o médico pode se valer na hora de exercer a sua profissão, como uma forma de se prevenir de ações judiciais, ou na hora que estiver se defendendo em um processo. Dentre elas podemos citar: a relação médico-paciente com enfoque no dever de informar, a escuta ativa, a medicina baseada em evidências e a descrição minuciosa do prontuário.

Tanto o médico como o paciente possuem deveres e obrigações que devem ser cumpridos e respeitados na relação que se cria entre eles. O dever de informar, por exemplo, é uma obrigação que o médico tem com o seu paciente, visando a passar a ele todas as informações que foram extraídas da consulta e dos exames. “A informação é um dever moral, legal e ético do médico em face do seu paciente ou representante legal. Ela deve ser esclarecedora e completa sobre o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e benefícios, além dos possíveis efeitos de medicamentos, tratamentos ou cirurgias”.¹¹⁴

Nessa senda, o médico, como detentor do conhecimento prático e teórico, tem o dever de avaliar adequadamente todas as variáveis que implicam em um atendimento satisfatório e exitoso ao paciente, tais quais a anamnese completa, o exame físico, a solicitação de exames e a prescrição de terapias farmacológicas e não farmacológicas. O profissional deve embasar suas decisões em critérios científicos, validados pela medicina moderna, os quais trarão segurança - tanto médica como jurídica- a sua prática cotidiana. Com essas informações em mãos, cabe ao médico transmitir a seu paciente, de forma clara e concisa, todos os aspectos que permeiam seu atendimento, garantindo também que o paciente compreende tudo que lhe é passado.

Concomitantemente a isso, “na obrigação do paciente, deve-se incluir o fiel cumprimento da prescrição quanto à dosagem, ao horário e ao tempo de medicação, as medidas e cuidados recomendados, a dieta prescrita e a orientação tanto na sua duração como na forma de internamento”.¹¹⁵

Em consonância com o dever de informar do médico, o paciente deve seguir e respeitar as instruções que lhe são dadas, evitando assim, sofrer qualquer dano por descumprimento de recomendações médicas. Quando as informações são repassadas de maneira objetiva e simples, o dever do paciente torna-se mais fácil, o que reduz as chances de resultados indesejados e potencialmente ensejadores de demandas judiciais.

A escuta ativa é outra ferramenta que pode ser usada pelo médico ao exercer sua profissão. “A escuta ativa é um ato intencional de atenção plena que sustente espaço

¹¹³ MIRAGEM, op. cit., p. 245.

¹¹⁴ TOMÉ, Patrícia Rizzo. **Responsabilidade civil médica**. São Paulo: Chiado, 2020. p. 216-271.

¹¹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 305.

emocionalmente acolhedor e livre de julgamentos, no qual a pessoa que fala pode escutar melhor a si mesma através de quem a escuta”.¹¹⁶ Assim, esse meio efetivo da escuta consiste na atenção que o médico tem com cada um dos seus pacientes, escutando-os genuinamente e com toda a sua atenção voltada aos fatos que lhe estão sendo contados.

O processo da escuta ativa visa a proporcionar ao paciente um espaço de fala só seu, no qual ele pode discorrer sobre o que achar necessário e terá atenção integral de seu médico. O profissional deverá se solidarizar com a sua situação, buscar compreender a sua história e acima de tudo, acolher seus sentimentos. O ambiente da consulta precisa ser o mais calmo e intimista possível, para que o paciente se sinta confortável em compartilhar informações e angústias. O médico deve evitar o uso de aparelhos digitais, a exemplo de celulares, quando estes não tiverem um propósito claro dentro do atendimento. Deve também manter contato visual direto com o paciente, atentando-se a seus gestos e reações emocionais. Além disso, deve evitar grandes interrupções, a fim de demonstrar abertura e dar espaço para o paciente expor-se da maneira como se sentir mais à vontade.¹¹⁷

Outro ponto que merece destaque nesse artigo é em relação à medicina baseada em evidências como uma forma de o médico se prevenir de demandas judiciais. Essa forma de atuação médica consiste na tomada de decisões clínicas embasadas nas evidências obtidas a partir das pesquisas e artigos científicos mais recentes, ou seja, é a utilização da melhor evidência científica disponível para que os interesses pessoais de cada paciente sejam atendidos.¹¹⁸

Acerca deste tema, repisam-se as palavras de David L. Sackett, William M. C. Rosenberg, J. A. Muir Gray, R. Brian Haynes e W. Scott Richardson. para quem:

A medicina baseada em evidências é conscienciosa, explícita e uso criterioso das melhores evidências atuais na tomada de decisões sobre o atendimento de pacientes individuais. A prática da evidência medicina baseada significa integrar experiência clínica individual com a melhor evidência clínica externa disponível de pesquisa.¹¹⁹

Os avanços da medicina trazem inúmeros benefícios para os profissionais da área da saúde e para as pessoas por eles atendidas. A medicina baseada em evidências usa como alicerce a capacidade do médico em avaliar criticamente tais avanços e concatená-los com sua experiência clínica e com o caso de cada paciente, buscando, de maneira individualizada, otimizar a assistência médica.¹²⁰

¹¹⁶ MALTA, Manoela; CARMO, Elaine Dias do. A escuta ativa como condição de emergência da empatia no contexto do cuidado em saúde. **Atlas de Ciências da Saúde**, São Paulo, v. 9, p. 41-51, jan./dez. 2020. Disponível em: <https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/ACIS/article/view/2371>. Acesso em: 22 ago. 2021.

¹¹⁷ CERON, Mariane. Habilidades de comunicação: abordagem centrada na pessoa. **Universidade Federal de São Paulo, UNA-SUS**, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_psicossocial/Unidade_17.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

¹¹⁸ CLARK, Otávio; CLARK, Luciana. Medicina baseada em evidências. **Planark**, São Paulo, p. 416-420, 2010. Disponível em: <https://sbu-sp.org.br/admin/upload/os1688-completo-urologiafundamental-09-09-10.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹¹⁹ “Evidence based medicine is the conscientious, explicit, and judicious use of current best evidence in making decisions about the care of individual patients. The practice of evidence based medicine means integrating individual clinical expertise with the best available external clinical evidence from systematic research”. (SCKET, David L. *et al.* Evidence based medicine: what it is and what it isn’t. **British Medical Journal**, p. 71-2, 1976).

¹²⁰ LOPES, Antônio A. **Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica**. 2000. Dissertação (Pós-graduação em Medicina) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, 2000.

Esse processo apoia-se em diretrizes que ajudam na tomada de decisão, fazendo com que o profissional que opte por usá-lo consiga obter fontes confiáveis para serem consultadas, trazendo um atendimento mais exitoso ao paciente.¹²¹ Nessa senda, percebe-se que a medicina por evidências é um grande aliado dos médicos na hora de buscar os melhores tratamentos para o seu paciente, associando sua experiência na prática diária com estudos científicos validados, que levam ao aperfeiçoamento de suas técnicas.

Por fim, resta falar acerca do prontuário médico, que é um documento no qual o profissional anota todas as condutas e ações feitas por ele no atendimento ao paciente. O médico, visando a evitar possíveis contradições acerca dos métodos empregados, deve registrar minuciosamente todas as ações tomadas durante o atendimento de um paciente, descrevendo em prontuário desde os medicamentos receitados às condutas por ele tomadas e às recomendações dadas.

O prontuário deve ser minucioso, contendo detalhes e informações pertinentes do paciente. Esse documento nada mais é do que um relatório médico detalhado das circunstâncias da saúde do paciente, contendo desde o primeiro ao último atendimento prestado pelo profissional. Como pode-se observar no trecho do livro do Augusto César Weber:

Quanto mais completas forem as anotações, mais claramente poder-se-á alcançar, com inteligência e de modo real para o momento de intervenção realizada, quais foram as possíveis motivações para a procura pelo atendimento, quais foram as condições em que o paciente se apresentou no primeiro atendimento, como a presença de sinais e sintomas foram determinantes para o diagnóstico e avaliação da gravidade do quadro nosológico apresentado, quais foram os exames complementares de diagnóstico e acompanhamento solicitados, qual ou quais foram as terapêuticas propostas, como foram a evolução e o prognóstico e, por fim, quais foram os fatores concorrentes para o desfecho clínico esperado ou não, entre tantos outros aspectos.¹²²

Assim, o prontuário médico, quando bem estruturado, serve como um meio de comprovação, reforçando por escrito as condutas do profissional. Ante o exposto, o médico precisa ter o cuidado de tomar todas as medidas necessárias ao atender o seu paciente, desde pedir exames de rotina, até garantir que toda informação repassada foi compreendida. Ao deixar de pedir um exame essencial ou realizar um diagnóstico precoce, o profissional além de colocar a vida do seu paciente em risco, está sujeito a sofrer uma ação judicial muito bem fundamentada e com provas que ensejem a sua condenação, como pode-se ver nesta ementa do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA HOSPITALAR. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES. FALHA DO PRONTUÁRIO MÉDICO. 1. Arcabouço probatório que dimensiona as consequências lesivas a justificar o ônus da demandada à reparação pelos danos morais, materiais e estéticos advindas à vítima, mormente levando-se em conta a dor, angústia, extensão, gravidade e permanência da lesão. Teoria do risco que informa a responsabilidade objetiva. 2. Considerando a entidade hospitalar como fornecedora de serviços, para fins de aplicação do Código de defesa do Consumidor, responde à mesma objetivamente, isto é, independente de verificação. de culpa, pela deficiência de informações prestadas. **3. In casu, verifica-se que o prontuário médico acostado é falho e viciado no que concerne às determinações previstas pelo Código de Ética Médica, seja pela caligrafia ilegível dos médicos que torna inviável a compreensão sobre as anotações realizadas,**

¹²¹ SANCHES, Cristina. A importância da medicina baseada em evidências nos laboratórios clínicos. **Labnetwork**, jun. 2020. Disponível em: <https://www.labnetwork.com.br/especiais/a-importancia-da-medicina-baseada-em-evidencias-nos-laboratorios-clinicos/>. Acesso em: 22 out. 2021.

¹²² WEBER, César; AUGUSTO Trinta. **O prontuário médico e a responsabilidade civil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

bem como respeitante ao estado de saúde da paciente. 4. Merece reparo a verba indenizatória fixada, mormente considerando as circunstâncias fáticas do caso, a intensidade e duração do sofrimento experimentado, a reprovabilidade da conduta ilícita e as condições socioeconômicas das partes, visando com tal desiderato inibir enriquecimento indevido da ofendida e que a indenização represente um desestímulo à reiteração de tais atos, razão pela qual há de ser reduzida a indenização por danos morais para o importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Grifou-se)¹²³

Como visto acima, o prontuário é um documento de extrema importância para o profissional de saúde, visto que é nele que será baseada boa parte de sua defesa em caso de intercorrência judicial. Logo, é dever do médico ali colocar todas as informações referentes ao atendimento, de tal modo que, quando necessário, suas condutas perante o paciente possam ser analisadas e tidas como adequadas para o caso em questão. Sem registros adequados em prontuário, torna-se dificultosa a tarefa de comprovar a licitude da conduta médica e, conseqüentemente, garantir um resultado favorável ao profissional.

Tem-se, deste modo, que o médico tem à disposição diversas medidas que podem auxiliá-lo na hora de exercer sua profissão, ao mesmo tempo em que garantem sua proteção frente a processos judiciais vindouros. Além de servirem como meios de prevenção, as medidas acautelatórias/preventivas são meios que o profissional, sendo réu em um processo advindo de seu paciente, pode se valer para auxiliar na sua defesa e na comprovação de sua conduta, demonstrando que ela foi a mais correta e adequada para aquele caso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da judicialização da medicina e a crescente suscetibilidade dos profissionais da saúde de serem processados por alguma falha no exercício da sua profissão, tornou-se imprescindível que este profissional redobrasse o cuidado em suas condutas diárias. A prática médica vem acompanhada de riscos, aos quais o médico se submete ao exercê-la. É seu dever, portanto, mensurar esses riscos e fazer o que estiver ao seu alcance para mitigá-los.

A judicialização da medicina cresce a cada dia. O fácil acesso à justiça, os benefícios que a parte autora pode garantir no processo, a ansia por ter o seu direito restaurado e protegido, somados ao interesse em ver o culpado sendo responsabilizado pelo dano sofrido, são mecanismos que intensificam o processo judicial. O fato é que, em alguns casos, o paciente acredita fielmente estar diante de falha por parte do profissional e crê que ele é quem deve ser responsabilizado por tal dano. Convém ressaltar, todavia, que o dano sofrido não é sinônimo de culpa, como visto, havendo hipóteses em que o dano não vai decorrer de um agir ou não agir do médico, isentando-o dessa responsabilidade.

Pode-se observar, então, que existem tanto previsões legais para as situações em que o médico deve ser o responsável pelo dano sofrido, como para as hipóteses em que a responsabilização para fato cometido está fora da sua alçada, a exemplo da culpa exclusiva da vítima e do fato de terceiro absolutamente estranho à atividade, como visto acima.

A respeito dos fatores que levam o paciente a processar o seu médico, destacam-se entre eles: erro não sendo sinônimo de culpa; falhas na comunicação entre as partes da relação médico-paciente, a qual muitas vezes encontra-se deteriorada; descuidos no dever de informar; e a falta de consentimento do paciente na realização de tratamentos e procedimentos.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **AgInt no RESP: 1711576 MT 2017/0289333-0**, Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 14/09/2020. Data de Publicação: DJe 01/10/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101147361/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1711576-mt-2017-0289333-0>. Acesso em: 20 out. 2021.

Tais elementos, abordados no presente artigo, demonstram que a relação do médico com o seu paciente é o ponto de partida para a construção de um atendimento exitoso, sendo sua falha uma das grandes responsáveis pela instauração de ações judiciais.

O vínculo criado no atendimento médico, por mais que seja uma relação contratual, é essencialmente uma relação entre seres humanos, que requer dedicação e cuidado com o outro. Outrossim, envolve fatores subjetivos, como a postura corporal do médico e interferências socioculturais, e objetivos, a exemplo de déficits cognitivos, que podem interferir tanto na conduta médica como na percepção do atendimento pelo próprio paciente. Frente a um processo judicial, torna-se imperativo identificar tais fatores e avaliar, de forma precisa, o verdadeiro grau de responsabilidade do profissional frente à acusação a qual está sendo submetido.

A responsabilidade civil subjetiva e contratual do médico dita quais são as suas obrigações e deveres para com seu paciente. É ela que determina até quando o dever médico de indenizar existe e qual o seu limite. O vínculo criado entre as partes advém de um contrato de prestação de serviços, o qual dispõe das obrigações de ambas as partes e o inadimplemento de uma delas enseja a responsabilização. Como visto, a obrigação que o médico tem é de meio, com exceção nas cirurgias plásticas embelezadoras, nas quais a obrigação é de resultado. Sob essa perspectiva, o médico faz tudo o que estiver ao seu dispor para conseguir curar o paciente ou, quando não for possível, deixar a sua condição de vida melhor do que aquela anterior ao atendimento.

Salienta-se, ainda, que o princípio da reparação integral do dano fez com que o legislador medisse o dano pela sua extensão, visando ter uma reparação mais completa possível e buscando reestabelecer o *status quo* do agente antes do dano sofrido. Pretende-se, ainda que a reparação do dano seja inerente a fatores externos a ele, como as características do agente e de sua conduta, os quais poderiam interferir na determinação do *quantum* indenizatório.

A mera existência do dano não irá configurar sozinha a responsabilização do profissional, sendo necessária a análise dos meios que levaram à ocorrência desse dano, as condutas médicas adotadas, objetivando averiguar qual e se há responsabilidade do médico no feito, e se todas as partes da relação cumpriram com os seus deveres e obrigações. Assim, afere-se, de todo o exposto, que inúmeros são os fatores que devem ser observados tanto pelo legislador, como pelo paciente ao se tratar de uma ação judicial contra o médico.

Pode-se constatar, portanto, que o médico, frente ao cenário evolutivo da judicialização da medicina, precisa valer-se de medidas acautelatórias/preventivas para conseguir evitar ou diminuir ao máximo os casos que possam levar a demandas judiciais. O relacionamento entre o médico e o paciente, o respeito ao dever de informar, a escuta ativa por parte do médico, a medicina baseadas em evidências e descrição minuciosa do prontuário são medidas que os médicos precisam utilizar ao exercer o seu ofício para tentar evitar danos ou situações que possam vir a ensejar uma ação judicial.

Desta feita, o profissional da saúde precisa atentar-se das condutas mais simples tomadas até às mais específicas, proporcionando o melhor atendimento desde o momento em que entra em contato com o paciente. Deve priorizar as melhores técnicas, avaliar as condutas possíveis e, principalmente, garantir que o paciente esteja ciente de todo o processo, obtendo assim, o seu consentimento acerca de cada novo passo no desenrolar do caso.

Posto isso, são os fatores como uma boa relação médico-paciente que passam a ter um papel fundamental para amenizar os trâmites judiciais e criar um laço de confiança entre o profissional e o paciente. Com a evolução das relações interpessoais ao longo dos anos, o médico, que outrora era figura constantemente presente na casa das famílias, passou a exercer seu ofício predominantemente em ambientes destinados à prática médica. Com isso, as nuances da relação médico-paciente tornaram-se cada vez mais intrincadas: o paciente, muitas vezes, acaba despersonalizado por parte do médico, tornando-se mero objeto de sua profissão,

enquanto ele próprio passa a ver tal relação sob um olhar mercantilista, cenário este propício para o surgimento de demandas judiciais.

Não há, portanto, como negar que o ser humano precisa e deve buscar a proteção e a restauração de todo e qualquer direito seu que tenha sido violado, todavia, a busca exacerbada da culpa médica frente a um dano sofrido, sem a devida análise dos pressupostos que regem a responsabilidade civil médica, gera um aforamento desnecessário no Poder Judiciário, além de causar um desgaste significativo tanto na vida do médico como na do paciente.

Os efeitos da judicialização da medicina afetam tanto a vida profissional como pessoal do médico, independentemente se ele ganhou ou perdeu a demanda judicial. O simples fato de o profissional ter tido o seu nome exposto como um possível responsável pelo dano que o paciente sofreu já é um fator de extremo desgaste para a sua profissão. Na vida pessoal, a estafa que acompanha o longo processo indenizatório pode refletir negativamente em sua vida, levando à ansiedade, preocupações excessivas e turbulências em suas relações interpessoais. Além disso, indivíduo por trás da figura do médico pode ficar com inseguranças e dúvidas sobre suas habilidades para exercer o ofício da profissão.

Cabe aos médicos, portanto, resguardarem-se e garantirem meios legais para sua proteção, utilizando-se das ferramentas disponíveis para sedimentar sua defesa em um processo judicial que o coloca como possível culpado por um dano sofrido. Como visto, é possível e factível prevenir-se de processos judiciais, minimizando sua ocorrência e, quando já instaurados, facilitando sua defesa.

O estudo realizado nesse trabalho não teve o propósito de exaurir o tema, mas tão somente de abordar os principais aspectos relacionados à judicialização da medicina, sumarizando os tópicos mais relevantes para, modestamente, facilitar o entendimento acerca do assunto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 178, n. 178, p. 33-53, 1997. Disponível em: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/130.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica perante o paciente, o médico, o jurista, o seguro**. Rio de Janeiro: José Kefino, 1971. p. 171.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 54.

ALVIM, Mariana. Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros. **BBC News Brasil**, São Paulo, set. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337>. Acesso em: 19 ago. 2021.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Relação médico-paciente: Informação e compreensão como pressupostos fundamentais à prevenção de litígios. **Migalhas**, jun. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/346654/relacao-medico-paciente-prevencao-de-litigios>. Acesso em: 26 set. 2021.

BANDEIRA, Paula Greco. **A evolução do conceito de culpa e o Artigo 944 do Código Civil**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, 2008.

BRANDÃO, Jecé Freitas. Consentimento informado na prática médica. **Conselho Federal de Medicina**, Brasília, DF, nov. 1999. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/artigos/consentimento-informado-na-pratica-medica/>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Constituição 1997. **Constituição Federal**. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 107 de 02/07/2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Lei 8.078/1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, DF: Presidência da República, 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **AgInt no RESP: 1711576 MT 2017/0289333-0**, Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 14/09/2020. Data de Publicação: DJe 01/10/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101147361/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1711576-mt-2017-0289333-0>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **AgRg no RESP: 1395293 MG 2013/0157997-9**. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 25/08/2015. Data de Publicação: DJe 03/09/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864041242/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1395293-mg-2013-0157997-9>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Décima Câmara Cível). **AC: 70063271712 RS**. Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 05/11/2015. Data de Publicação: 20/11/2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927985556/apelacao-civel-ac-70063271712-rs>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Décima Câmara Cível). **AC: 70082273814 RS**. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 31/10/2019. Data de Publicação: 20/01/2020. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886164920/apelacao-civel-ac-70082273814-rs>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Nona Câmara Cível). **AC: 00262209320218217000**. RS. Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 25/08/2021. Data de Publicação: 27/08/2021. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1286844203/apelacao-civel-ac-70085126670-rs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Nona Câmara Cível). **AC: 70042026286 RS**, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 19/10/2011. Data de Publicação: 24/10/2011. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/907746237/apelacao-civel-ac-70042026286-rs>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Nona Câmara Cível). **AC: 70052299740 RS**, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Data de Julgamento: 30/01/2013. Data de

Publicação: Diário da Justiça do dia 01/02/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112553989/apelacao-civel-ac-70052299740-rs>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Quinta Câmara Cível). **AC: 70085077386 RS**. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 30/06/2021. Data de Publicação: 08/07/2021. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1243746260/apelacao-civel-ac-70085077386-rs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Quinta Câmara Cível). **AC: 00008476020218217000**. RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 31/03/2021, Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 17/06/2021. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1233585362/apelacao-civel-ac-70084872944-rs>. Acesso em: 07 out. 2021.

CAMPOS, Paloma Mendes. Responsabilidade civil médica por erro de diagnóstico. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2021. Disponível em: https://issuu.com/defensoriapublicadoriograndedosul/docs/revista_da_defensoria_p_blica_ed_1. Acesso em: 14 ago. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

CECHIN, José. Judicialização da Saúde: Direitos e Consequências. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2021.

CERON, Mariane. Habilidades de comunicação: abordagem centrada na pessoa. **Universidade Federal de São Paulo, UNA-SUS**, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_psicossocial/Unidade_17.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

CLARK, Otávio; CLARK, Luciana. Medicina baseada em evidências. **Planark**, São Paulo, p. 416-420, 2010. Disponível em: <https://sbu-sp.org.br/admin/upload/os1688-completo-urologiafundamental-09-09-10.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

VAZ, Caroline. Revisitando a responsabilidade civil: aspectos relevantes da antiguidade à contemporaneidade pandêmica. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 87, p. 125-152, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/190>. Acesso em: 23 out. 2021.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.dpd.ufv.br/wp-content/uploads/Biografia-Dir-313.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021.

FARIAS, Nóbrega Rodrigo. **Direito à saúde e sua judicialização**. Paraná: Juruá, 2018.

FONSECA, Arnaldo Medeiros de. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Justiça Pesquisa: Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e Propostas de Solução**. São Paulo: INSPER, 2019. p. 13. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

ITURRASPE, José Mosset. **Responsabilidad civil**. Buenos Aires: Hammurabi, 1992.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Antônio A. **Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica**. 2000. Dissertação (Pós-graduação em Medicina) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, 2000.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MALTA, Manoela; CARMO, Elaine Dias do. A escuta ativa como condição de emergência da empatia no contexto do cuidado em saúde. **Atlas de Ciências da Saúde**, São Paulo, v. 9, p. 41-51, jan./dez. 2020. Disponível em: <https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/ACIS/article/view/2371>. Acesso em: 22 ago. 2021.

MASCARENHAS, Igor de Lucena. Judicialização da saúde complementar: a ilegitimidade do médico para responder diretamente pelo dano causado. **Contraditor.com**, (S. I), ago. 2021. Disponível em: <https://www.contraditor.com/judicializacao-da-saude-complementar>. Acesso em: 20 set. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVARES, Álvaro Vidal. Responsabilidad civil por negligencia médica. **Academia Judicial de Chile**, Santiago, 2020. Disponível em:

https://www.academia.edu/37721616/Responsabilidade_civil_medica_CAJ_pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

OLIVEIRA, Camila Vasconcelos de. **Judicialização da medicina no Brasil: uma análise crítico-propositiva de um problema persistente sob a ótica da bioética de intervenção**. 2017. Orientador: Prof. DR. Volnei Garrafa. 2017. Dissertação (Doutorado em Bioética) – Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

SANCHES, Cristina. A importância da medicina baseada em evidências nos laboratórios clínicos. **Labnetwork**, jun. 2020. Disponível em: <https://www.labnetwork.com.br/especiais/a-importancia-da-medicina-baseada-em-evidencias-nos-laboratorios-clinicos/>. Acesso em: 22 out. 2021.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Adriana de Fátima; FONTES, Samira da Costa; LAMY, Marcelo. Pressupostos e requisitos da responsabilidade civil contratual médica. **Unisanta Law w Social Science**, Santos, v. 7, n. 3, p. 557-558, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unisanta.br/index.php/lss/article/view/1737>. Acesso em: 10 out. 2021.

SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2002.

SCKET, David L. *et al.* Evidence based medicine: what it is and what it isn't. **British Medical Journal**, p. 71-2, 1976.

SOARES, Nycolle Araújo. A relação Médico-Paciente e o surgimento de demandas judiciais. **Revista Jurídica, UniEVANGÉLICA**, v. 15, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1952>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

TOMÉ, Patrícia Rizzo. **Responsabilidade civil médica**. São Paulo: Chiado, 2020.

VASCONCELLOS, Camila. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. **Revista Bioética**, Brasília, v. 20, n. 3, p. 389-396, 2012. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533260002>. Acesso em: 20 ago. 2021.

WEBER, César; AUGUSTO Trinta. **O prontuário médico e a responsabilidade civil.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.