

**UNIVERSIDADE SANTO AMARO – UNISA/SP**

**Pós-graduação em Direito Médico**

**Vinicius Nunes Abbud**

**O DEVER DE CUIDADO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

**São Paulo**

**2023**

**Vinicius Nunes Abbud**

**O DEVER DE CUIDADO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Santo Amaro – UNISA, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Médico.

Orientador: Professor Doutor Paulo Magalhães Nasser.

**São Paulo**

**2023**

A15d Abbud, Vinicius Nunes.

O dever de cuidado na responsabilidade civil do médico / Vinicius Nunes Abbud. — São Paulo, 2023.

62 p.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito Médico) —  
Universidade Santo Amaro, 2023.

Orientador: Dr. Paulo Magalhães Nasser.

1. Erro médico. 2. Responsabilidade civil. 3. Cuidado. I. Nasser, Paulo Magalhães, orient. II. Universidade Santo Amaro. III. Título.

**Vinicius Nunes Abbud**

**O DEVER DE CUIDADO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Santo Amaro – UNISA, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Médico. Orientador: Prof. Dr. Paulo Magalhães Nasser

São Paulo, de de 2023.

**Banca Examinadora**

---

Prof (a). Dr (a). Paulo Magalhães Nasser (Orientador)

---

Prof (a). Dr (a). Antônio Carlos Morato

---

Prof (a). Dr (a). Geraldo Fonseca de Barros Neto

Conceito Final: \_\_\_\_\_.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Dr. Paulo Magalhães Nasser, pelo auxílio, amizade e acolhida durante o tempo das aulas e deste trabalho.

À Coordenação de Pós-Graduação da Universidade Santo Amaro, aos colaboradores e professores, e assim o faço na pessoa do Professor Georghio Tomelin, notável jurista e admirável ser humano.

Aos queridos amigos feitos nessa caminhada acadêmica, especificamente Ronaldo Piber, Ariovânia Sano e Luciana Mussa.

À querida Família Forense da Comarca da Urupês, equipe sem a qual o exercício da minha profissão seria impossível.

À Professora Eveline Denardi pelas valiosas e indispensáveis críticas a este trabalho.

## DEDICATÓRIA

Ao meu querido avô, Mario Abbud, cujo legado de cuidado ao próximo nunca partirá.

Aos meus queridos pai e mãe, Mario e Patricia, minhas inspirações, pelo amor incansável com a família, o apreço com os estudos e o cuidado com a profissão. E por serem avós insuperáveis para meus filhos.

À minha esposa, Thalita, companheira de uma vida, a certeza de que no cuidado de um repousa o amor do outro.

Aos meus filhos amados, Álvaro e Glória, que me ensinam e facilitam as respostas da vida pela pureza e pelo amor. Meus filhos, por vocês os meus melhores propósitos.

Enfim, este trabalho é dedicado a todas as pessoas que fazem do cuidado uma premissa de vida.

*A todos os que sofrem e estão sós,  
dai sempre um sorriso de alegria.  
Não lhes proporcionas apenas os vossos cuidados,  
mas também o vosso coração*

Madre Teresa de Calcutá

## RESUMO

A dissertação proposta tem por finalidade delimitar a responsabilidade civil decorrente do erro médico a partir da integração do elemento culpa e de suas modalidades, com fundamento no *dever de cuidado*. Trata-se de abordagem que busca estabelecer critérios mais previsíveis para a integração dos conceitos jurídicos indeterminados que compõem a culpa por meio de questionamentos ligados à violação do dever de cuidado pelo médico. A medida se justifica tendo em vista que a proposição de critérios menos subjetivos oferece maior segurança para a compreensão e a aplicação da norma jurídica quando há imputação e delimitação da responsabilidade civil do médico.

A abordagem hermenêutica está amparada na tese de que o cuidado é um dever jurídico do médico. Diante disso, é possível suprir de modo suficiente as lacunas semânticas deixadas intencionalmente pelo legislador brasileiro quando pretendeu definir as modalidades de culpa que envolvem essa atividade profissional. O estudo analisa o dever de cuidado e os parâmetros concretos a ele correlatos a partir de decisões judiciais provenientes do sistema *common law* para, posteriormente, distinguir de que maneira os institutos provenientes desse sistema têm aplicabilidade no direito brasileiro, sobretudo para se delimitar o ato ilícito civil praticado pelo médico.

Palavras-chave: dever de cuidado; responsabilidade civil; erro médico; culpa.

## **ABSTRACT**

This dissertation aims at delimiting civil liability resulting from medical error incorporating the fault element and its modalities on the grounds of the duty of care. It is an approach that seeks to establish more predictable requirements for integrating indeterminate legal principles that make up fault through debates related to the breach of a doctor's duty of care. This action is justified considering that the proposition of less subjective criteria offers greater reliability for the understanding and application of the rule of law when there is attribution and delimitation of the physician's civil liability. The hermeneutic approach is supported by the proposition that care is a physician's legal duty. Accordingly, it is possible to sufficiently fill in the semantic gaps intentionally left by the Brazilian legislator when he/she meant to define the types of fault that would involve this professional activity. The study analyzes the duty of care and its concrete parameters based on judgments from the common law system. Following, it distinguishes how the doctrines from that system are applicable to Brazilian law, especially to delimit the tort committed by the physician.

Keywords: duty of care; civil liability; medical error; fault.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
<i>a.C.</i>	<i>antes de Cristo</i>
art.	artigo
<i>BGB</i>	Código Civil alemão de 1900 ( <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> )
CC/2016	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFM	Conselho Federal de Medicina
EUA	Estados Unidos da América
IA	Inteligência Artificial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ed.	edição
j.	juízo
<i>MBS</i>	<i>Manchester Building Society</i>
n.	número
REsp	Recurso Especial
SAAMCO	<i>South Australia Asset Management Corp</i>
SUS	Sistema Único de Saúde
UK	United Kingdom (Reino Unido)
v.	volume
v.	<i>versus</i>

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O DEVER DE CUIDADO	14
2.1	O cuidado como fato jurídico	14
2.2	Conceitos jurídicos indeterminados	17
2.3	O dever de cuidado do médico	20
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	26
3.1	Breve histórico	26
3.2	A responsabilidade civil do médico no Brasil	27
3.3	Natureza da obrigação assumida pelo médico	29
3.4	Natureza do vínculo jurídico entre médico e paciente	33
4	ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO	34
4.1	Conduta	34
4.2	Dano	35
4.3	Nexo de causalidade	39
4.4	Culpa	41
4.5	O dever de cuidado como critério de integração da culpa	47
5	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS	58

## 1 INTRODUÇÃO

Estabelecer uma sistematização para se reconhecer o erro médico e sua consequente responsabilidade civil, de modo a atender, em respeito à segurança jurídica, aos predicados legais e paradigmas jurisprudenciais. Este é o cerne desta pesquisa.

No intuito de compreender com maior clareza a responsabilidade civil decorrente do erro médico emerge o ponto principal deste trabalho, radicado na análise do dever de cuidado que permeia a atividade daquele profissional.

O estabelecimento de um “caminho”, de um percurso metodológico para se delimitar o erro médico e sua consequência jurídica no âmbito civil revela-se uma contribuição necessária, uma vez que a análise dos julgados relacionados ao assunto demonstra dificuldade para se provar o erro médico e a ausência de critérios objetivos para se delimitar a responsabilidade civil.

No Brasil, a responsabilidade civil por erro médico traduz um cenário de extremos. De um lado, verifica-se a dificuldade no acesso e na produção da prova para se demonstrar o nexo causal da conduta do profissional com o resultado danoso, além das modalidades de culpa. De outro, descortina-se o extremo de se estabelecer a responsabilidade do médico apenas em situações teratológicas, a exemplo daquele profissional que, negligentemente, deixa instrumentos cirúrgicos na cavidade abdominal após o procedimento cirúrgico.

Esse cenário revela, entre as duas pontas, numerosos casos de suposto erro médico que não são devidamente esclarecidos, seja pela dificuldade de acesso e produção da prova, geralmente de natureza técnica, seja pela sutileza da conduta médica danosa a ser sindicada.

Desse modo, a concepção de mecanismos mais objetivos para a responsabilidade civil do médico a partir da análise do dever de cuidado é o escopo principal desta pesquisa, a fim de se permitir sejam os atos médicos esclarecidos e as demandas decididas não pela dificuldade da produção da prova, mas pela efetiva existência ou inexistência de elementos que atraem ou afastam o dever de indenizar daquele profissional da saúde.

A dificuldade de se padronizar critérios para a conformação da responsabilidade civil decorrente de erro médico deita raízes na estrutura dos dispositivos legais que tratam do assunto. Nesse passo, ressalta-se que a

sistematização do CC/2002, com “janelas abertas” para a atualidade, propicia a integração da norma com balizas subjetivas.

Essa constatação se materializa com o art. 186 do CC/2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, **negligência** ou **imprudência**, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (destaque nosso).

O CC/2002 apresenta uma das definições de ato ilícito com expressões de abertura semântica que permitem a integração pelo aplicador da norma. A lei em si não traz os conceitos de “negligência” nem de “imprudência”, de maneira que, uma vez indeterminados, implicam, de um lado, a possibilidade da norma não se tornar antiquada, conforme a evolução da sociedade; de outro, porém, explicam a dificuldade de se compreender e aplicar a norma de modo mais objetivo.

Essa ausência de critérios minimamente objetivos para a integração daqueles conceitos jurídicos indeterminados demonstra a dificuldade de se estabelecer requisitos claros para a delimitação da responsabilidade civil decorrente de erro médico. Diante disso, esta dissertação tem como causa precípua o desconforto causado pela inadequada integração dos conceitos jurídicos indeterminados de negligência, imprudência e imperícia.

Desse modo, o propósito que nos ocupa consiste na análise do dever de cuidado como perspectiva objetiva de integração dos conceitos jurídicos indeterminados que se aplicam ao reconhecimento do ato ilícito civil praticado pelo profissional médico.

## 2 O DEVER DE CUIDADO

### 2.1 O cuidado como fato jurídico

O cuidado é inerente à natureza humana, de modo que constitui um dos pilares das relações sociais a anteceder os diplomas legais. Para o teólogo e filósofo brasileiro Leonardo Boff, o cuidado representa uma “atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro”<sup>1</sup>. Para além de um traço desejável da personalidade, o cuidado é uma baliza para a conduta do ser humano.

A partir da concepção tridimensional do direito, aperfeiçoada por Miguel Reale, diz-se que o cuidado é um fato social que deve ser valorado por meio de uma norma ou regra. Segundo o autor,

a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram<sup>2</sup>.

Desse modo, parece ser razoável estabelecer que a simbiose entre fato, valor e norma atrai o matiz da juridicidade para o cuidado. Este, por sua vez, rompe o traço de fato isolado para adentrar o mundo jurídico como valor a ser preenchido pela norma.

Conforme explica Antônio Carlos Mathias Coltro,

a abordagem do cuidado como princípio jurídico atende à valorização preponderante do homem face aos demais seres e coisas, culminando-se no entendimento de que o homem é o valor originário de todos os demais valores, que seriam, portanto, valores derivados<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 33.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65.

<sup>3</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O direito, a medicina e o cuidado. **Revista de Direito e Medicina**. v. 1, jan.-mar. 2019. São Paulo: RT, 2019.

Assentada a juridicidade do cuidado, e dada a natureza aberta da linguagem jurídica, delimita-se a categoria jurídica do cuidado a partir da consolidada distinção entre obrigação, dever e ônus.

Segundo Eros Roberto Grau, o dever jurídico “consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ela alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica”<sup>4</sup>. Já para San Tiago Dantas, a noção de dever jurídico é mais ampla do que a de obrigações, de modo que estas últimas constituem “classe mais restrita de deveres jurídicos”<sup>5</sup>.

O termo “obrigação” pode ser compreendido em sentido amplo ou estrito. Naquela acepção, traduz “o elemento passivo de qualquer relação jurídica”, ao passo que na feição estrita materializa “um vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve a outra (credor) o cumprimento de uma certa prestação”<sup>6</sup>.

Diversamente dos termos “obrigação” e “dever”, que apresentam pontos de contato relacionados à limitação da vontade do devedor e à existência da sanção diante do inadimplemento, o ônus traduz um “vínculo imposto à vontade do sujeito em razão de seu próprio interesse”<sup>7</sup>, razão por que o descumprimento implica situação desfavorável que não desborda para a sanção jurídica.

Nesse cenário, parece-nos que o cuidado – sob o matiz da juridicidade – é dever jurídico, uma vez que tem a aptidão de criar o estado de sujeição pelo destinatário de uma prestação. Especificamente quanto ao médico, o cuidado enquanto dever jurídico assume contornos ainda mais evidentes, diante da possibilidade de sanções previstas em lei diante de sua inobservância.

Tendo em vista que o cuidado representa, na atual conjuntura, o “ápice do sistema jurídico de proteção das relações humanas”<sup>8</sup>, depreende-se a sua existência

---

<sup>4</sup> GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 77, p. 177-183, 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 17 maio. 2023, p. 179.

<sup>5</sup> DANTAS, San Tiago. **Programa de responsabilidade civil II**. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 15.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 77, p. 177-183, 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 17 maio. 2023, p. 179.

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 77, p. 177-183, 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 17 maio. 2023, p. 181.

<sup>8</sup> TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 379.

como dever legal no direito brasileiro a partir da tessitura aberta e principiológica do texto constitucional, fundado na matriz da dignidade da pessoa humana. Ademais, o ideário solidarista que inspira a CF/1988 deságua no cuidado como um de seus desdobramentos.

Segundo o entendimento de Marcos Ehrhardt Jr., “o ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, essencialmente material e focada na proteção da parte fraca de relações sociais cada vez mais complexas e especializadas”<sup>9</sup>. Essa solidariedade, erigida a direito pelo texto constitucional, permite que dela retiremos o viés do cuidado como dever jurídico; como disposição do Estado para tornar o cuidado juridicamente relevante nas relações sociais.

A existência da pessoa enquanto sujeito de direitos da CF/1988 e da legislação compatível, permite-nos estabelecer que o cuidado é meio necessário a partir do qual se realizam os direitos fundamentais. Dessa maneira, não se vislumbra o exercício pleno do direito à vida, do qual decorrem o direito à saúde, à liberdade, ao bem-estar, sem a observância do cuidado.

Assim, constatar que o cuidado é dever jurídico não traduz a existência de uma regra expressa que o mencione e o defina como tal. Parece-nos que o dever jurídico genérico de cuidado emerge quando do cotejo com outras normas, isto é, exsurge como instrumento de valoração e de integração de conceitos indeterminados da norma civil, de maneira que essas estruturas semânticas abertas tenham sua aplicabilidade delimitada e permaneçam contemporâneas sem a necessidade de sua alteração formal.

É certo que há um inequívoco cenário de “vulgarização dos princípios constitucionais”<sup>10</sup>, na avaliação de Otávio Luiz Rodrigues Jr., que muitas vezes são invocados como um anteparo para toda a sorte de direitos. Na linha das ponderações do autor, este estudo pretende assimilar e priorizar a existência de métodos hermenêuticos próprios do direito civil e defender a importância do texto normativo primário. Porém, dado o objetivo da pesquisa e a “indeclinável participação dos

---

<sup>9</sup> EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 62.

<sup>10</sup> RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 343.

valores éticos no ordenamento jurídico”<sup>11</sup>, exploraremos o campo das normas abertas, materializadas nos conceitos jurídicos indeterminados.

## 2.2 Conceitos jurídicos indeterminados

Os conceitos jurídicos indeterminados decorrem da própria natureza da linguagem jurídica, que é dinâmica e retórica, como observa Alaôr Caffé Alves<sup>12</sup>. Nessa seara da abstração da linguagem jurídica, afigura-se pertinente a abordagem das cláusulas gerais como premissa dos conceitos jurídicos indeterminados.

Para Judith Martins-Costa, “nas cláusulas gerais, a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados conceitos jurídicos indeterminados”<sup>13</sup>. Desse modo, permite-se entrever que as cláusulas gerais contêm os conceitos jurídicos indeterminados<sup>14</sup> Como exemplo dessa assertiva, Paulo Magalhães Nasser menciona a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002), que se vale do conceito de “justa causa”<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. Biblioteca de Direito Civil. Estudo em homenagem ao Professor Miguel Reale. v. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 37.

<sup>12</sup> ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico**. Bauru: Edipro, 2000, p. 170.

<sup>13</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

<sup>14</sup> A autora Judith Martins-Costa esclarece que os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais apresentam pontos de contato, relacionados à postura valorativa do intérprete-aplicador, mas não coincidência. Nesse passo, ressalta a jurista a distinção quanto à estrutura do enunciado normativo: “enquanto no conceito jurídico indeterminado o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (semanticamente vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais os quais o envia a metanorma jurídica. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé do no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 159.

<sup>15</sup> NASSER, Paulo Magalhães. **Onerosidade excessiva no contrato civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59-62.

Os “termos”<sup>16</sup> ou “conceitos”<sup>17</sup> indeterminados, para Karl Engisch, são “aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”<sup>18</sup>. Em complemento às considerações, Luiza Barros Rozas argumenta:

do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado. De um lado, há a zona de certeza positiva, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a zona de certeza negativa, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade da aplicação do conceito<sup>19</sup>.

Verifica-se, pois, que o campo de incidência da indeterminação do conceito está entre a “zona de certeza positiva” e a “zona de certeza negativa”. Para José dos Santos Carvalho Filho, a incerteza que atinge o conceito jurídico indeterminado é aquela qualificada, “que admite diversidade de valoração até mesmo no espírito dos intérpretes de maior acuidade” e que “incide no conteúdo e na extensão”<sup>20</sup>. Segundo o administrativista, o controle da adequada aplicação do conceito jurídico indeterminado se faz por meio da razoabilidade.

O CC/2002 foi concebido como uma malha permeável a novos valores, uma sistemática traduzida em normas abertas, com conceitos jurídicos indeterminados que permitem a atualidade e a incorporação de respostas aos novos problemas. Na dicção de Teresa Arruda Alvim Wambier, ao tratar sobre os conceitos jurídicos indeterminados, “a norma contém balizas para absorver parte da realidade que ainda não existe no presente”<sup>21</sup>.

Trata-se, assim, o conceito jurídico indeterminado, como já previu Miguel Reale, de instrumento que implica maior eficácia do sistema jurídico e que materializa por excelência – a partir da teoria tridimensional do direito – a necessária valoração

<sup>16</sup> GRAU, Eros. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1988, p. 61-67.

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21.

<sup>18</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. do original alemão: Einführung in das juristische Denken. Trad. J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 208-209.

<sup>19</sup> ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *In: Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 20, n. 47, p. 191-201, jan.-fev. 2019, p. 192.

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 54, 2001, p. 110.

<sup>21</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recursos extraordinários, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2001, p. 142-145.

de toda norma jurídica<sup>22</sup>. Conforme ponderou Eros Roberto Grau, a existência de um conceito jurídico indeterminado depende, necessariamente, da atividade do aplicador do direito, razão pela qual não se vislumbra a possibilidade de se objetivar ou esgotar um conceito apenas pela doutrina. Nesse ponto, o autor acrescenta: “quando temos sob exame um conceito cujo termo, indeterminado, o legislador não definiu estipulativamente, o aplicador do direito deverá superar essa indeterminação”<sup>23</sup>.

Apesar da inegável necessidade de se invocar conceitos jurídicos indeterminados para a adequada atualidade e eficácia do sistema jurídico, especificamente do CC/2002, ainda assim, surgem desafios de integração da norma aberta quando de sua aplicação. No caso do erro médico, que é um ato ilícito, na dicção dos arts. 186 e 951 do CC/2002, a dificuldade reside na constatação do alcance dos conceitos jurídicos indeterminados de “negligência”, “imprudência” e “imperícia”.

Nesse contexto, a tentativa de se buscar definições estanques daqueles conceitos jurídicos indeterminados cria obstáculos para se delimitar a responsabilidade civil decorrente de erro médico. Essa incerteza dos conceitos tem resultado na dificuldade de se reconhecer o ato ilícito praticado pelo médico, já que, na dúvida, em regra, afasta-se a responsabilidade daquele profissional.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros tem revelado que o excessivo subjetivismo na apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados integrantes da culpa implica a ausência de critérios seguros para a delimitação da responsabilidade civil do médico. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, ao tratar sobre a insuficiência da doutrina para resolver as novas demandas da responsabilidade civil, “a jurisprudência, premida pelas necessidades impostas pela realidade social, vem desempenhando a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, não raro, incoerente”<sup>24</sup>.

Nesse passo, o presente estudo propõe avaliar a responsabilidade civil do médico a partir da análise do dever de cuidado como critério de integração daqueles conceitos jurídicos indeterminados integrantes da culpa, o que poderá resultar em maior previsibilidade para se apurar o ato ilícito cometido pelo médico.

---

<sup>22</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>23</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 202.

<sup>24</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. *In*: SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão aos filtros de reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. xii.

Considerando que o dever de cuidado do médico antecede a análise da responsabilidade, pois somente a quebra daquele dever acarreta o ilícito civil, introduz-se o dever de cautela antes dos requisitos legais da responsabilidade civil.

### 2.3 O dever de cuidado do médico

O Juramento de Hipócrates<sup>25</sup> evidencia de modo cristalino o compromisso de cuidado assumido pelo formando em medicina. O texto lido simbolicamente pelo médico traduz um dever ético a ser incorporado em sua rotina, mas não se trata de imperativo legal a vincular a atuação daquele profissional.

A existência de um dever de cuidado qualificado pelo médico é consensual. Segundo as lições de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da profissão, conduta exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica”. Ainda segundo o autor, as obrigações contratuais implícitas do médico se dividem em três deveres principais: informação, cuidados e abstenção de abuso ou desvio de poder<sup>26</sup>:

O ato médico deve ser praticado de tal sorte que, além do *cuidado* que toda pessoa deve guardar na sua vida de relação (não confundir, na hora da extração, o membro são com o doente; não tombar o paciente; não esquecer instrumentos na incisão do operado, etc.), ainda atenda aos deveres de

---

<sup>25</sup> Versão original: “Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: **Estimar**, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. **Aplicarei os regimes para o bem do doente** segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calcioso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda casa, aí **entrarei para o bem dos doentes**, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; **se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça**” (destaques nossos). CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. **Juramento de Hipócrates**. Compromisso do médico (Versão de outubro de 2017, da Associação Médica Mundial). Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml>. Acesso em: 10 maio 2023.

<sup>26</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 133-180.

cuidado próprios da profissão, no diagnóstico, na indicação terapêutica, na intervenção cirúrgica e no prognóstico<sup>27</sup>.

O dever de cuidado do médico suplanta uma obrigação meramente moral, fruto de um consenso social consolidado. Trata-se, em verdade, de dever legal, uma vez que enfeixa todas as obrigações do médico materializadas nas vedações trazidas pelos Código de Ética Médica (Capítulos III a XIV da Resolução CFM n. 2217/2018).

A ideia de um dever qualificado de cuidado do médico também se depreende do estudo de precedentes estrangeiros, especialmente de países do *common law*<sup>28</sup>. O ato médico deve ser compreendido como um padrão de cuidado (*standard of care*) diferenciado, já que o profissional pressupõe uma formação técnica e tem como objetivo a cura ou a melhora da qualidade vital do ser humano.

O precedente *Helling vs. Carey*, julgado em 1974 pela Suprema Corte do Estado de Washington, nos EUA<sup>29</sup>, explicitou a necessidade de um espectro elástico de cuidados pelo profissional médico, o que resultou em alteração de diversas legislações estaduais sobre responsabilidade civil nos EUA. Ressalte-se, porém, que o dever qualificado de cuidado não traduz dever de perfeição, mas a maior cautela possível nas circunstâncias enfrentadas pelo profissional. A referência de “padrão de cuidado”, para as cortes distritais americanas, tem sido o que um médico competente, da mesma especialidade, faria em igual situação e com os mesmos recursos<sup>30</sup>.

A ideia de um dever de cuidado qualificado não se relaciona somente com o médico, mas com o profissional que desempenha uma atividade técnica. A Suprema Corte do Reino Unido já enfrentou diversos casos nos quais se debate a existência e a violação ao dever de cuidado (*duty of care*). Nesse ponto, desde 1932, aquela Corte

---

<sup>27</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 142.

<sup>28</sup> Ressalta-se a conformação e a origem distintas do *common law* quando comparado ao sistema romano-germânico, este a estruturar a matriz do direito brasileiro. Para o fim deste trabalho, que não sustenta a aplicação incondicional de institutos do *common law* ao direito pátrio, a referência a precedentes estrangeiros com origem no *common law* pretende demonstrar o surgimento das primeiras discussões relacionadas ao dever de cuidado e responsabilidade do médico, além de servirem, as decisões daqueles julgados, de modelos de apresentação das balizas trazidas neste texto acadêmico.

<sup>29</sup> EUA. **Suprema Corte do Estado de Washington**. 83 Wn.2d 514,519 P.2d 981,67 A.L.R.3d 175.

<sup>30</sup> MOFFET Peter; MOORE Gregory. The standard of care: legal history and definitions – the bad and good news. **Western Journal of Emergency Medicine**, Universidade da Califórnia, Irvine, v. 1, 12. ed., p. 109-112, fev. 2011. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3088386/>. Acesso em: 23 maio 2023.

Constitucional busca critérios objetivos para aferir a responsabilidade civil decorrente da quebra do dever de cuidado.

O precedente *Donoghue v. Stevenson*, julgado em 1932<sup>31</sup>, foi uma tentativa para se estabelecer um percurso metodológico de compreensão da responsabilidade em razão da inobservância do dever de cuidado. Naquele precedente, assentou-se que o dever de cuidado seria violado se o resultado danoso pudesse ser evitado diante de sua previsibilidade.

Diante da insuficiência do critério inaugurado pelo precedente sobredito, a Corte dos Lordes firmou no precedente *Caparo Industries plc v. Dickman*, julgado em 1990<sup>32</sup>, um critério geral de três etapas para reconhecer o dever de cuidado, baliza conhecida como *Caparo test*: 1) previsibilidade do dano ao reclamado; 2) proximidade do relacionamento entre as partes; 3) justiça e razoabilidade de se impor um dever naquelas circunstâncias.

Nessa constante adaptação da Suprema Corte do Reino Unido, em precedentes mais recentes, a exemplo de *Robinson v. Chief Constable of West Yorkshire Police* e *Steel v. NRAM Ltd*, ambos julgados em 2018, destacou-se a necessidade de se estabelecer uma distinção entre situações de categorias profissionais abarcadas pela lei ou precedentes e outras ainda não abrangidas. Naquelas situações de categorias em que já se assentou o dever de cuidado, as Cortes seguirão precedentes e leis, ao passo que, diante de categorias profissionais novas, a solução deverá ser desenvolvida por analogia com as profissões já apreciadas. Dessa forma, a fórmula geral “Caparo” seria aplicável apenas a casos sem precedentes.

Em que pese a peculiaridade de cada caso, a evolução jurisprudencial nos países de *common law* tem a marca comum da constante busca por critérios objetivos no reconhecimento do dever de cuidado pelo profissional<sup>33</sup>. Esse percurso metodológico para se delimitar a responsabilidade civil teve notoriedade em recente julgado da Suprema Corte do Reino Unido, no precedente *Manchester Building*

---

<sup>31</sup> UNITED KINGDOM. **Suprema Corte**. *Donoghue v. Stevenson*. [1932] UKHL 100 [1932] SC (HL) 31 [1932] AC 562 [1932] All ER Rep 1

<sup>32</sup> UNITED KINGDOM. **Suprema Corte**. *Caparo Industries plc v. Dickman*. [1990] ALL ER 568, [1990] 2 AC 605.

<sup>33</sup> Sobre a evolução e críticas ao âmbito de aplicação do dever de cuidado no *common law*: DÍAS, Julio Alberto. O dever de cuidado no *common law* (*duty of care*). **Revista de Direito Privado**, v. 28, p. 53-68, out.-dez. 2006.

*Society (MBS) v. Grant Thornton UK LLP*, decidido em 18 de junho de 2021<sup>34</sup>, pois estabeleceu seis questões que deverão ser enfrentadas em casos de negligência profissional.

O precedente britânico trata de vultosos prejuízos econômicos sofridos pela *Manchester Building Society* relacionados a operações financeiras frustradas indicadas por especialistas da *Grant Thornton LLP*. A autora ajuizou ação contra a *Grant Thornton LLP* em razão dos aconselhamentos negligentes que teriam resultado em significativo dano financeiro.

No caso, a requerida admitiu a negligência, porém, invocando a tese do “escopo do dever de cuidado”, assentada no precedente *South Australia Asset Management Corp (SAAMCO) v. York Montague Ltd.*, julgado em 1997<sup>35</sup>, alegou que as perdas sofridas pela autora não estavam no espectro dos aconselhamentos de investimentos negligentes.

O “princípio SAAMCO”, trazido como anteparo legal ao precedente *Manchester Building Society (MBS) v. Grant Thornton UK LLP*, traduziu como requisito causal ao reconhecimento do dano não só a quebra do dever de cuidado, mas também que as perdas sofridas estivessem no escopo daquele dever assumido pelo profissional.

Essa avaliação sobre o alcance ou escopo do dever de cuidado ganhou corpo e detalhamento alguns anos depois no precedente *Manchester Building Society (MBS) v. Grant Thornton UK LLP* por meio das seis questões objetivas assentadas pela Suprema Corte do Reino Unido, que reconheceu por maioria, sob a relatoria de Lord Hodge e Lord Sales, a procedência da pretensão da autora *Manchester Building Society (MBS)*.

Abaixo, são reproduzidas as seis questões a serem enfrentadas para se reconhecer a violação do dever de cuidado pelo profissional, segundo a Suprema Corte inglesa:

1. O dano sofrido guarda relação com uma conduta negligente? – questão procedimental do interesse de agir

---

<sup>34</sup> UNITED KINGDOM. **Suprema Corte**. *Manchester Building Society (MBS) v. Grant Thornton UK LLP*. [2021] UKSC 20.

<sup>35</sup> UNITED KINGDOM. **Suprema Corte**. *South Australia Asset Management Corp (SAAMCO) v. York Montague Ltd.* [1996] UKHL J0620-4.

2. Quais são os riscos de dano ao requerido, contra os quais a lei impõe ao requerente um dever de evitabilidade? – questão do escopo do dever
3. O requerido violou o dever de cuidado por uma ação ou omissão? – questão da quebra do dever.
4. Os danos sofridos e reclamados pelo requerente são consequência da ação ou omissão do requerido? Questão da causa factual.
5. Há suficiente nexó entre um elemento particular do dano reclamado pelo requerente e o dever de cuidado assumido pelo requerido? – questão do nexó com o dever.
6. Existe alguma parte ou elemento particular do dano reclamado que é irreparável em razão de ser muito remoto ou em razão de causa efetiva distinta ou em razão do requerente ter mitigado a perda ou falhado em evitá-la podendo fazê-lo? – questão da responsabilidade legal.

A análise da jurisprudência da Suprema Corte do Reino Unido permite entrever que o dever de cuidado profissional tem alcance inclusive para a seara do direito médico. Apesar de parte dos julgados aqui abordados não tratar diretamente a conduta do médico, as teses jurídicas enfrentadas pelos representantes da Suprema Corte tocam toda a seara da responsabilidade civil, uma vez que estabelecem um percurso para se discriminar a violação ao escopo do dever de cuidado.

Ainda que os precedentes mencionados neste trabalho tenham se debruçado sobre ilícitos civis de negligência profissional e fixado a premissa segundo a qual os parâmetros estabelecidos seriam aplicados apenas na falta de estatuto legal específico sobre a categoria profissional, a metodologia pragmática haurida do *common law*, cujas decisões judiciais se estruturam em balizas ou questões, assim como a concepção de um dever jurídico de cuidado bem delimitado, justificam a aplicação com ressalvas da experiência do direito estrangeiro ao sistema brasileiro.

Diante disso, é certo que o ato médico se reveste de peculiaridades que tornam a atividade mais exposta a fatores externos, alguns dos quais inerentes à fisiologia do paciente e alheios à conduta do profissional, porém, a perspectiva de um dever de cuidado deve constituir o filtro de integração a partir do qual os elementos da responsabilidade civil daquele profissional são aferidos.

Destaca-se um ponto relevante sobre a pertinência da utilização, no sistema jurídico pátrio, de mecanismos ou precedentes desenvolvidos em sistemas

jurídicos de origem distinta, a exemplo do inglês, com origem no *common law*. Nesse ponto, parece-nos que o direito brasileiro, de matriz romano-germânica, caminha para a valorização do precedente como parâmetro – algumas vezes vinculante – da decisão judicial.

Além dessa constatação genérica sobre a aproximação do sistema jurídico pátrio a traços marcantes do *common law*, a criação de balizas objetivas para o enfrentamento da responsabilidade civil suplanta diferenças de sistemas jurídicos de origens distintas para alcançar o campo da hermenêutica jurídica, que, nas lições de Carlos Maximiliano, “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”<sup>36</sup>.

No Brasil, ainda não se verifica nas decisões judiciais a consolidação do dever de cuidado como critério ou elemento autônomo a ser analisado na responsabilidade civil profissional, especificamente do médico. A pretensão deste trabalho de se aprimorar a previsibilidade dos critérios adotados na responsabilidade civil do médico vem ao encontro do ideal de maior concretude e atualidade da norma, conforme lecionado por Miguel Reale quando tratou dos conceitos jurídicos indeterminados e sua operabilidade.

Assentados o cabimento e a essencialidade da análise do dever de cuidado na aferição da responsabilidade civil decorrente de erro médico, entendemos necessário abordar o tratamento dado pela doutrina e pela lei brasileira ao erro e, conseqüentemente, à responsabilidade civil do médico para, posteriormente, se fazer o cotejo com o dever de cuidado como elemento de integração dos conceitos jurídicos indeterminados.

---

<sup>36</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

#### 3.1 Breve histórico

A existência do erro médico acompanha a origem do próprio homem, especialmente nas relações sociais. Ocorre que, nem sempre, o médico foi considerado uma profissão, assim como nem sempre houve – ao menos conhecido – o regramento jurídico acerca da conduta errônea daquele profissional.

Segundo explica Miguel Kfoury Neto, a primeira evidência a contemplar o exercício da medicina e o erro médico deita raízes no Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), pelo qual punia-se o médico com penas corporais nos casos de morte ou lesão ao paciente em razão de má prática<sup>37</sup>.

Na esteira do desenvolvimento da medicina e do profissional médico, a Grécia, no século V a.C., é que se destaca por esquadriñar os contornos da relevância daquele ofício de salvar vidas. Ainda que tenha origem no Egito, cujos médicos eram considerados sacerdotes, conforme descreve Miguel Kfoury Neto, admitia-se a culpa médica na Grécia “quando preenchidas duas condições: a) morte do paciente e; b) desobediência às prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária”<sup>38</sup>.

Desse cenário de valorização e melhor definição da nobre função do médico é que se extrai o célebre juramento de Hipócrates, o qual prevê a ciência do profissional em caso de desvio aos princípios e valores ali contidos.

Já o direito romano estabeleceu as balizas atuais para o instituto da responsabilidade civil, inclusive aquela que alcança o profissional médico. O Estado romano delineia os pilares da responsabilidade civil, nos termos hoje compreendida, com a Lei Aquilia, e, quanto ao médico, descortina parâmetros com a responsabilidade na Lei Cornélia e, posteriormente, na *Lex Aquilia de Damno*<sup>39</sup>.

A progressiva afirmação da responsabilidade civil do médico, por meio da reparabilidade do dano, coincide com a exigência da culpa daquele profissional, ainda que presumida. Essa consolidação dos moldes atuais da responsabilidade do

---

<sup>37</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 66-74.

<sup>38</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 70.

<sup>39</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 68.

profissional médico se deu na França, a partir do século XIX, quando as Cortes daquele país, com atuação notória do Procurador Dupin, passaram a enfrentar o tema e a assentar a possibilidade de responsabilização pelo erro médico. Nesse contexto, menciona-se o célebre julgamento ocorrido em 1832 pelo Tribunal de Domfront, oportunidade em que fora reconhecida a falta grave do médico francês *Helie*<sup>40</sup>.

Desde então, a estrutura da responsabilidade civil do médico, no sistema romano germânico, assenta-se na imprudência, na imperícia ou na negligência do profissional. Nessa senda, o art. 1.383 do Código Civil francês de 1804, que estabelece a regra geral da responsabilidade civil fundada na imprudência ou negligência. Por fim, na mesma linha da responsabilidade subjetiva, estão o Código Civil alemão de 1900 – BGB (§823) e o Código Civil italiano de 1942 (art. 2.043).

### 3.2 A responsabilidade civil do médico no Brasil

No Brasil, na linha da evolução mundial para a responsabilidade sem culpa ou com culpa presumida, a responsabilidade civil do médico tem origem em sistemas legais alinhados ao *civil law*, a exemplo da Itália, França e Portugal.

O Decreto-Lei n. 2.681/1912, que versava sobre a responsabilidade das empresas de estradas de ferro, descortinou no Brasil os primeiros traços da responsabilidade civil com culpa presumida. O CC/1916 permitiu a atribuição de responsabilidade e constituiu marco importante para se delimitar as balizas para reparabilidade do erro médico, apesar de não prever expressamente a responsabilidade daquele profissional.

Na linha da consolidação da responsabilidade civil no Brasil, menciona-se a promulgação da CF/1988 e a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), grande marco para a atribuição de responsabilidade civil aos profissionais liberais, entre os quais os médicos, mediante a verificação de culpa (art. 14, § 3º, do CDC).

---

<sup>40</sup> O julgamento do médico Helie de Domfront foi emblemático na França, uma vez que foi o primeiro precedente a superar o entendimento da Academia de Medicina de Paris, firmado em 1829, que estabeleceu o erro médico como responsabilidade exclusivamente moral. Nesse caso, a ação foi movida pelo Procurador-Geral André Marie Jean Jacques Dupin diante da imperícia do profissional, que amputou os dois membros superiores de um feto em razão de posicionamento no ventre da parturiente. Ao final, reconheceu-se o erro do médico, que foi condenado ao pagamento de uma indenização de duzentos francos para a vítima.

Apesar da previsão expressa na lei acerca da responsabilidade dos profissionais liberais, apenas com o CC/2002 verificou-se a possibilidade de se alcançar o erro médico plenamente, por meio de dispositivos genéricos e específicos, uma vez que nem sempre a relação entre médico e paciente é de natureza consumerista. Descortinam-se, nesse contexto, os atendimentos e as terapias por meio do SUS, que não são alcançados pela sistemática do CDC.

O CC/2002 delimitou um sistema binário de responsabilidade civil, já que permite hipóteses de reparabilidade do dano com o concurso de culpa e outras sem a integração desse elemento. Imperioso indicar o art. 927 do CC/2002 como regra geral, que impõe a culpa e o ato ilícito como condição à responsabilidade civil. Porém, o parágrafo único do dispositivo legal evidencia a possibilidade de responsabilidade civil sem culpa nos casos previstos em lei ou nas atividades que, por sua natureza, ofereçam riscos aos direitos de outrem.

É certo que o arcabouço normativo já mencionado alcança o profissional médico. Ressalta-se, porém, o art. 951 do CC/2002, cujo teor trata especificamente daqueles que desempenham atividades profissionais e, nesse contexto, possam causar a morte ou agravar o mal do paciente. Verifica-se, assim, que o CC/2002 trata expressamente da responsabilidade civil por erro médico.

Destaca-se ainda que o erro médico, para fins de responsabilidade civil, constitui, necessariamente, um ilícito civil. Nos termos do art. 186 do CC/2002, em cotejo com a regra geral da exigência de culpa do profissional, apenas as condutas imprudentes, negligentes ou imperitas diretamente causadoras de um dano são passíveis de indenização.

O arcabouço jurídico-normativo vertido aos profissionais da saúde, especialmente aos médicos, atrai a incidência do art. 951 do CC/2002, e do art. 14, § 4º, do CDC, excetuada a hipótese de relação médico-paciente custeada pelo SUS. Ambos os dispositivos traduzem a responsabilidade de natureza subjetiva dos médicos, ou seja, impõem a negligência, a imprudência e a imperícia como condições, “fundamentos”<sup>41</sup> – na expressão de Carlos Alberto Bittar – ou atributos isolados ou cumulativos da conduta do profissional. Extraí-se, pois, que a responsabilidade civil do médico tem como elementos a conduta culposa, o dano e o nexo causal.

---

<sup>41</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil**: teoria e prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 39-46.

Neste ponto, ressalta-se o precedente do STJ (STJ, AgRg no Ag. n. 744.181/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 05-09-2013, DJe 26-11-2008), ainda que superado ou minoritário, que relaciona algumas hipóteses de responsabilidade objetiva do médico-cirurgião plástico estético. Prevalece, porém, a natureza subjetiva – com culpa presumida – da responsabilidade do referido especialista (STJ, REsp n. 1.180.815/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19-08-2010, DJe 26-08-2010).

Assentada a característica subjetiva da responsabilidade civil dos médicos, observa-se a consolidada distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado assumida por aquele profissional liberal (em regra), dicotomia derivada da célebre tese de Demogue.

### 3.3 Natureza da obrigação assumida pelo médico

A classificação doutrinária entre obrigação de meio e obrigação de resultado decorre do conteúdo da prestação. Trata-se de distinção estruturada pelo jurista francês René Demogue no século XX, não obstante os conceitos iniciais sejam hauridos do direito romano e o direito germânico tenha tocado esses institutos ainda no século XIX.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, na obrigação de meio “o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado, informação e diligência sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado”<sup>42</sup>. Trata-se de uma regra geral de prudência, de modo que o resultado em si não integra a relação obrigacional; o conteúdo da obrigação é a própria atividade. Neste caso, o inadimplemento se verifica pela prova, pelo credor, de que o devedor não agiu com prudência, cuidado e diligência necessárias.

Ainda segundo o jurista, na obrigação de resultado “o profissional se compromete a realizar um certo fim, geralmente apresentado anteriormente pelo devedor. Neste caso, o inadimplemento se verifica pela inexistência do resultado avençado”<sup>43</sup>, de modo que o resultado específico integra a relação obrigacional.

---

<sup>42</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 139.

<sup>43</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 139.

Para Hildegard Taggesel Giotri, a utilização da obrigação de resultado seria para casos sem o fator álea, de maneira que houvesse previsibilidade das circunstâncias inerentes ao negócio, o que não ocorre no caso da obrigação médica, sujeita ao “fisiologismo orgânico, ao psiquismo do paciente e à resposta individualista de cada ser”<sup>44</sup>.

A legislação brasileira não distingue a obrigação do médico, de maneira que essa tarefa tem sido realizada pela doutrina, especialmente, pela jurisprudência pátria. Nesse aspecto, destaca-se o julgado sobre as indicadas ponderações, originário do STJ:

A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexos de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva (STJ, REsp N. 1.104.665/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 09.06.2009, DJe 04.08.2009).

É certo que a cura é – ou deve ser – o propósito ideal de qualquer médico no desempenho de sua nobre função, mas não se pode dele exigir esse resultado perfeito em circunstâncias que dependem de diversos fatores além do ato médico.

Sobre a obrigação de resultado, seguem reproduzidas as considerações lançadas no julgado representativo do instituto jurídico:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de

---

<sup>44</sup> GIOTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 5, p. 101-116, jan.-mar. 2000, p. 104.

meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp N. 236.708/MG, 4º Turma, Rel Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal Convocado do TRF da 1ª Região; j. 10.02.2009, DJe 18.05.2009).

A análise jurisprudencial permite concluir que a caracterização da obrigação de resultado não depende, necessariamente, de um contrato estabelecido entre médico e paciente. Os tribunais pátrios atribuem a natureza da obrigação conforme a especialidade desempenhada pelo médico. Assim, por exemplo, relaciona-se a obrigação de resultado ao cirurgião plástico estético (STJ, AgRg no REsp n. 846.270/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22-06-2010, DJe 30-06-2010), ao médico ultrassonografista (STJ, AgRg no Ag. n. 744.181/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 05-09-2013, DJe 26-11-2008) e ao anestesiológico (TJSC, Apel. Cível n. 2010.079530-6, Capital, 2ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 06-12-2012, DJSC, 12-12-2012, p. 125).

Os campos de atributos que definem a obrigação como de meio ou de resultado certamente não são estanques, especialmente quando cotejadas com casos práticos. Assim, delimitam-se as situações em que a conduta do médico se desdobra em atos plurais, alguns destes correlatos a obrigações de meios e outros a obrigações de resultado. Trata-se da intervenção realizada nas cirurgias com dupla finalidade: reparadora e estética.

Diante dessa situação mista, pronunciou-se o STJ pela necessidade de se atribuir obrigação de meio ao procedimento reparador e obrigação de resultado à abordagem estética. Apesar desta distinção, na prática, essas ponderações revelam-se de difícil aplicação, uma vez que o procedimento, a partir de uma única intervenção, sob o ponto de vista técnico, pode não admitir a dualidade e a cisão proposta pelos tribunais. Essa incerteza seria melhor resolvida considerando a complexidade da intervenção como obrigação de meio, esta a regra geral do sistema de responsabilidade civil subjetiva do médico.

Apesar da jurisprudência que correlaciona a natureza da obrigação assumida pelo médico com a especialidade por ele desempenhada, entendemos que esse proceder acarreta excessiva insegurança jurídica. É certo que o exemplo do cirurgião plástico estético, ao celebrar um contrato, ainda que verbal, em cujo âmbito antecipa ao paciente o fim específico a ser atingido com o procedimento, não se reveste de maiores questionamentos quanto à obrigação de resultado relacionada ao médico.

Ocorre, todavia, que em outros casos já apreciados pelos tribunais brasileiros, especificamente pelo STJ, indicou-se a obrigação de resultado a médicos que não anteciparam ou assumiram qualquer resultado específico. Nessa senda, causa-nos espécie atrair a obrigação de resultado, com todas as consequências jurídicas dela advindas, a quem não as assumiu. Trata-se do caso do médico anestesiológico e do ultrassonografista, especialidades as quais a jurisprudência tem vinculado obrigações de resultado.

De um lado, descortina-se o fundado receio dos operadores do direito, especificamente julgadores, quanto à dificuldade de se comprovar a responsabilidade civil do médico conforme interpretação mais legalista formal dos elementos postos e consolidados pelo ordenamento jurídico. De outro, porém, impõe-se uma padronização nos critérios eleitos pelos tribunais para não se fazer da casuística um “caminho obscuro” causador de insegurança jurídica.

Neste ponto, apesar da “regra geral” da responsabilidade civil subjetiva do médico, não nos parece que os casos de obrigação de resultado assumida pelo médico afastem a análise valorativa dos elementos da responsabilidade civil. Com efeito, a obrigação de resultado assumida pelo profissional e vinculada ao erro médico deverá traduzir um curso causal e uma conduta violadora de dever de cuidado que tenha provocado aquele dano alegado. A natureza da obrigação assumida pelo médico parece ter relevância na distribuição do ônus da prova e na quantificação do dano, mas é imperioso haver uma valoração da conduta do profissional para se avaliar a aptidão e o nexo com o prejuízo provocado.

Delineada a natureza da obrigação assumida pelo médico no desempenho de sua atividade-fim habitual, relevante a breve menção sobre a natureza – quanto à origem do vínculo jurídico – da responsabilidade médica. Nessa seara, prevalece na doutrina e na jurisprudência a natureza contratual – ainda que tácita – da atividade daquele profissional. A contratualidade não se confundiria, porém, com a anterioridade

do liame jurídico, uma vez que o vínculo poderia surgir no momento do atendimento ou do ato médico.

### 3.4 Natureza do vínculo jurídico entre médico e paciente

A natureza entabulada entre médico e paciente é eminentemente contratual, ainda que tácita. A contratualidade não se confundiria, porém, com a anterioridade do liame jurídico, uma vez que o vínculo poderia surgir no momento do atendimento ou do ato médico. Trata-se, a propósito, de entendimento já externado por José de Aguiar Dias quando escreveu sobre o assunto, ainda na vigência do CC/1916: “acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante a sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”<sup>45</sup>.

Desse modo, o médico assumiria uma obrigação de meio de empregar os recursos e as técnicas mais adequados para alcançar a cura do paciente. Parece-nos que a visão contratual, apesar de consolidada, não abrange todas as hipóteses de erro médico. Isso porque, a concepção clássica de um contrato como negócio jurídico bilateral com prestações recíprocas não soluciona todos os atos médicos, especialmente aqueles realizados sem a manifestação de vontade do paciente, que não escolhe o prestador do serviço, e em instituições públicas que figuram como intervenientes na relação jurídica.

O fato de o médico assumir o dever de empregar a técnica e o meio mais adequados para alcançar a cura do paciente traduz um compromisso ético, que antecede o colorido da juridicidade, de maneira que a feição contratual em uma “prestação de serviços” dependeria da integração dos requisitos jurídicos da bilateralidade, comutatividade e do sinalagma.

Nesse horizonte, parece haver a possibilidade de a responsabilidade médica ter origem em contrato, diante do inadimplemento das cláusulas ali entabuladas, bem como fora daquele negócio jurídico, independentemente de sua existência. Na seara do erro médico, a existência de um contrato adquire relevância não para delimitar a responsabilidade civil, uma vez que o contrato não é pressuposto daquele instituto, mas pode projetar efeitos no ônus da prova e na quantificação da indenização.

---

<sup>45</sup> AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 271-272.

#### 4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO<sup>46</sup>

A responsabilidade civil do profissional médico, em regra, afigura-se subjetiva, nos termos dos arts. 186, 187 e 927, todos do CC/2002, e do art. 14, § 4º, do CDC.

De fato, a atribuição de responsabilidade objetiva ao profissional médico, independentemente da sua especialidade, apenas com fundamento no risco inerente à atividade, parece ser algo temerário. Assim como todo proceder humano está sujeito ao erro, com o médico não é diferente. A nobreza do ofício advém, inclusive, do risco assumido pelo médico prudente, de maneira que o erro médico juridicamente relevante, para efeito de responsabilidade civil, depende da culpa (imprudência, imperícia ou negligência).

Nesses termos, a responsabilidade civil subjetiva depende dos seguintes elementos para sua caracterização: conduta (ação ou omissão), dano, nexo de causalidade e culpa, os quais serão investigados na sequência.

##### 4.1 Conduta

A conduta é o elemento primário no reconhecimento da responsabilidade civil. Para Flávio Tartuce, “a conduta humana pode ser causada por uma ação – conduta positiva –, ou omissão – conduta negativa –, seja ela voluntária, ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente”<sup>47</sup>.

Verifica-se, pois, que a conduta isoladamente considerada, sem o concurso ou o adjetivo da culpa, traduz apenas um comportamento humano comissivo ou

---

<sup>46</sup> Para Carlos Alberto Bittar, os pressupostos cumulativos do direito à reparação são: a) dano injusto; b) decorrente de fato de terceiros; c) nexo causal entre o fato e o evento. Na concepção do doutrinador, a culpa é fundamento para a responsabilização do agente, não pressuposto. Vide em: BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8-14; 39-46. Neste trabalho, o termo “elemento” será adotado para abranger os pressupostos sobreditos, com a distinção de que a conduta (fato de terceiro) está associada ao fundamento da culpa. Nota-se, em verdade, nas palavras de Anderson Schreiber, que “a avaliação negativa do comportamento subjetivo vai, gradativamente, passando de *fundamento* para um *elemento* ou *aspecto* do complexo juízo de responsabilidade”. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão aos filtros de reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 51.

<sup>47</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método: 2018, p. 229.

omissivo, de modo que a análise daquele elemento por si só não revela a reprovabilidade da conduta que espraia efeitos na responsabilidade civil.

Desse modo, a conduta de um médico desprovida de culpa, ainda que diretamente relacionada à provocação de um dano ao paciente, em regra, não implica responsabilidade.

O presente trabalho atribui relevância à conduta – ação ou omissão – quando vinculada a uma violação a um dever de cuidado que tenha contribuído efetivamente para provocar um dano. A conduta humana que não se desvia das balizas delimitadoras do dever de cautela não nos parece se aperfeiçoar em ato ilícito.

## 4.2 Dano

O dano é um elemento, em regra, inafastável na responsabilidade civil decorrente de erro médico. A conduta culposa do profissional deverá guardar relação com um dano que possa ser percebido por critérios objetivos.

A existência do dano, em regra, é elemento inafastável na responsabilidade civil, de maneira que, na seara do erro médico – desdobramento daquele instituto jurídico –, também se revela essencial. Em verdade, o dano parece-nos o requisito de mais fácil constatação e comprovação no erro médico. Trata-se do elemento objetivo da responsabilidade civil extracontratual e que tem, sobretudo, conotação jurídica.

Alinhados à definição apresentada por Adriano De Cupis, entendemos que o dano decorre da inobservância de uma norma jurídica e constitui qualquer “prejuízo, aniquilamento ou alteração de uma condição favorável, tanto pela força da natureza quanto pelo trabalho do homem”<sup>48</sup>.

Ainda sobre a definição de dano, Paulo Lôbo assim o delimita:

o dano é a violação sofrida pela própria pessoa, no seu corpo ou em seu âmbito moral, ou em seu patrimônio, sem causa lícita. Significa perda ou valor a menos de patrimônio, na dimensão material, e violação de direitos da personalidade, na dimensão moral<sup>49</sup>.

O estudo do dano, para a caracterização da responsabilidade civil, pressupõe, como regra a comportar exceções, a existência de dois atributos àquela

---

<sup>48</sup> DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1954, p. 5-6.

<sup>49</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.

violação sofrida: certeza e atualidade. A exigência de certeza do dano afasta a ofensa hipotética, infundada, ao passo que a atualidade demanda a existência do dano quando da aferição da responsabilidade civil.

Ressalta-se, todavia, que as vicissitudes da pós-modernidade têm provocado um giro hermenêutico na concepção de dano. O perigo de dano ganha relevo jurídico para caracterizar a responsabilidade. Essa flexibilização do requisito objetivo da responsabilidade civil tem sido reconhecida, em alguns casos, pelos tribunais superiores pátrios desde 2014, conforme destaca Flávio Tartuce, uma vez que, naquela ocasião, o STJ admitiu a reparação civil pela existência de corpo estranho em garrafa de refrigerante, ainda que não ingerido pelo adquirente<sup>50</sup>:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE GARRAFA DE REFRIGERANTE CONTENDO CORPO ESTRANHO EM SEU CONTEÚDO. NÃO INGESTÃO. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARREAR RISCOS AO CONSUMIDOR. OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA. ARTIGOS ANALISADOS: 4º, 8º, 12 e 18, CDC e 2º, Lei 11.346/2006.

1. Ação de compensação por dano moral, ajuizada em 20/04/2007, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10/06/2013. 2. Discute-se a existência de dano moral na hipótese em que o consumidor adquire garrafa de refrigerante com corpo estranho em seu conteúdo, sem, contudo, ingeri-lo. 3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC. 5. Recurso especial não provido. (STJ, REsp N. 1.424.304/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.03.2014, DJe 19.05.2014).

O julgado evidencia essa “erosão dos paradigmas da responsabilidade civil”, na expressão de Anderson Schreiber<sup>51</sup>. Não se trata, advirta-se, de julgado que ainda materialize jurisprudência pacífica, uma vez que, posteriormente, o STJ decidiu que a simples aquisição do produto com corpo estranho não gera dano moral indenizável (tese n. 2), devendo, para tanto, haver exposição de risco concreto de lesão à saúde, e à segurança do consumidor (tese n. 3)<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método: 2018, p. 374.

<sup>51</sup> SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>52</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em Teses**, n. 39. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 23 out. 2020.

No caso do erro médico, o comprometimento de “situação mais favorável” deverá decorrer, em regra, de modo direto e necessário de conduta humana culposa, por meio da violação ao dever de cuidado.

Conforme pondera Miguel Kfourri Neto, “o dano é o elemento nuclear da responsabilidade civil; sem o dano, por mais grave que seja a conduta, não existe prejuízo ressarcível”. Ainda segundo o jurista, os danos médicos indenizáveis “podem ser físicos (ou corporais), materiais ou morais”<sup>53</sup>.

O dano corporal constitui a alteração física, a manifestação necessária, decorrente da conduta culposa diretamente relacionada ao resultado desfavorável e é avaliado, para fins de indenização, conforme a extensão do comprometimento (invalidez) do corpo. Considerando a essencialidade do dano para a caracterização da responsabilidade civil, constata-se que o dano físico é, em regra, atributo inafastável do erro médico e dele podem resultar os danos materiais e morais.

Na seara médica, a constatação do dano físico ou corporal pode implicar danos materiais e morais, a seguir explorados.

Os danos materiais traduzem “prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado”<sup>54</sup> e se dividem em categorias jurídicas, tipos que podem estar presentes em um único fato.

Uma primeira espécie de danos materiais são os danos emergentes ou danos positivos, que constituem a “efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, um dano pretérito suportado pelo prejudicado”<sup>55</sup> e guardam previsão legal no art. 403 do CC/2002. Geralmente, os danos emergentes são quantificados por meio de mero cálculo aritmético. No caso de erro médico, por exemplo, os danos emergentes seriam aqueles relacionados às despesas hospitalares.

A segunda vertente do dano material diz respeito aos lucros cessantes ou dano negativos, uma vez que se relacionam à renda que a vítima deixou de auferir, nos termos do art. 402 do CC/2002. Exemplifica-se essa espécie de dano mencionando o tempo o qual o paciente do erro médico esteve impossibilitado de desempenhar sua atividade profissional e dela auferir sua renda.

---

<sup>53</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 124-125.

<sup>54</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método: 2018, p. 380.

<sup>55</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método: 2018, p. 384.

Os danos morais ou extrapatrimoniais decorrem da ofensa aos direitos da personalidade, estes previstos em rol exemplificativo entre os arts. 11 e 22 do CC/2002, e foram pacificados, acerca de sua existência, na doutrina e na jurisprudência pátrias, pelas previsões expressas contidas no art. 5º, V e X, da CF/1988. Para o propósito deste trabalho, em que se discute o paciente pessoa humana e diante da responsabilidade subjetiva do médico, adota-se, quanto ao conteúdo, que o dano moral atinge a autoestima (perspectiva subjetiva) ou a projeção social da honra (perspectiva objetiva) da pessoa<sup>56</sup>.

No âmbito do erro médico, os danos morais são plenamente verificáveis, seja em razão de um dano material (corporal) ou estético, seja em razão de um abalo psíquico, ainda que não decorra de alteração ou piora física. Nesse cenário, como exemplo, menciona-se uma situação, hipotética, em que o médico, agindo com culpa (negligência ou imprudência), agrava ou afeta o estado psíquico do paciente, sem nele causar dano aparente. É o caso de um médico que atesta e informa ao paciente, agindo com negligência na interpretação dos exames, a existência de doença grave de que não é portador.

Os danos estéticos, por sua vez, não se confundem com os danos morais. Trata-se de categoria autônoma, passível de reconhecimento independentemente da existência do dano moral, constatação extraída, inclusive, da Súmula n. 387 do STJ, segundo a qual “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Não se desconhece o posicionamento doutrinário diverso, inaugurado no Brasil por Tereza Ancona Lopez de Magalhães, para quem o dano estético seria dano moral. Porém, divergimos da referida jurista, uma vez que, na linha do entendimento atual do STJ, conforme ressaltado por Flávio Tartuce, o dano estético é uma “alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa”, ao passo que, no dano moral, “há um sofrimento mental – dor da mente psíquica, pertencente ao foro íntimo”<sup>57</sup> (STJ, REsp, n. 65.393/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30.10.2005; e REsp n.. 84.752/RJ, Min. Ari Parglender, j. 21.10.2000). Acrescente-se que o dano estético, para fim de sua reparabilidade, deverá ser visível e permanente.

Nesse contexto, sobre a autonomia do dano estético, plausível a distinção trazida por Maria Helena Diniz, para quem é possível haver alteração morfológica

---

<sup>56</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método: 2018, p. 409-437.

<sup>57</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método: 2018, p. 474.

permanente na pessoa, o que pode ser superada por ela sem causar-lhe abalo psíquico relevante e qualificado (dano moral)<sup>58</sup>.

Essa modalidade independente de dano possui grande incidência na seara do erro médico e seus exemplos são abundantes. Um deles diz respeito a procedimento de cirurgia plástica estética pelo qual se verificou no paciente uma cicatriz que deformou seu rosto permanentemente.

Especificamente na hipótese do dano extrapatrimonial, esse abalo qualificado deve ser materializado por parâmetros consensuais que demonstrem o “rebaixamento da estima” do paciente, parafraseando o “rebaixamento de vitalidade” idealizado por Georges Canguilhem<sup>59</sup>.

#### 4.3 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade constitui elemento imaterial fundamental à delimitação da responsabilidade civil, somado à conduta humana (ação ou omissão) e ao dano. Trata-se da “ponte” entre os extremos (conduta e dano), conforme ressaltado por Miguel Kfoury Neto com base na doutrina de Paolo Forchielli<sup>60</sup>.

Na seara jurídica, há diversas correntes doutrinárias sobre o nexos de causalidade. No entanto, constata-se, de antemão, a insuficiência de uma só delas para se delimitar um conceito eficiente, especificamente no campo do erro médico. Assentada essa premissa, ressalta-se a teoria adotada pelo art. 403 do CC/2002, que traduz os predicados da teoria da causa direta e imediata: o dano só será atribuído à conduta direta e imediatamente ligada ao resultado.

Anderson Schreiber, ao tratar do nexos de causalidade, adverte que a aplicação exclusiva, sem mitigações, da teoria da causa direta e imediata pode inviabilizar a indenização nos casos de danos indiretos “necessários, isto é, um dano que deriva necessariamente de dano anterior, sem que para tanto seja preciso a intervenção de qualquer outra causa”<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

<sup>59</sup> CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>60</sup> KFOURY NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 129.

<sup>61</sup> SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 637.

Nessa esteira de considerações, o civilista ressalta com razão a fragilidade da teoria da causa direta e imediata no estágio atual do avanço civilizatório, marcado pela sociedade pós-moderna, ou de riscos, conforme pontua Ulrich Beck em trabalho pioneiro sobre o assunto<sup>62</sup>.

A medicina avança a passos largos na vanguarda da tecnologia, inclusive com o emprego de inteligência artificial (IA). A robótica já se mostra consolidada, e com sucesso, no campo de intervenções cirúrgicas. Este trabalho, contudo, não tem a pretensão de questionar o avanço do marco civilizatório e todas as benesses advindas do progresso, especificamente na medicina, mas, isso sim, discutir os parâmetros jurídicos para acompanhar esses novos paradigmas.

Na sociedade pós-moderna, dependente por completo da tecnologia, é certo que na temática da responsabilidade civil decorrente de erro (culpa) médico exsurtem diversas discussões a respeito da dificuldade de se delimitar a conduta culposa do profissional como único e determinante fator com aptidão para resultar o dano.

Nesse cenário, diante da dificuldade de se delimitar precisamente a responsabilidade civil do médico por meio dos requisitos tradicionais à responsabilidade civil, seja pelo corporativismo dos profissionais, seja pelo implemento de novos recursos tecnológicos, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a “erosão dos filtros de reparação”, como meio de se adaptar o ordenamento jurídico e a justiça à realidade dos fatos. Trata-se, advirta-se, de relativização que não se traduz em responsabilização objetiva do profissional médico, mas em mitigação para se permitir a correta apuração do fato e, eventualmente, viabilizar a responsabilidade do médico.

É o que explica Anderson Schreiber:

a demonstração da culpa, do nexos causal e do dano, que, no passado, funcionavam como filtros da reparação, selecionando os casos que realmente resultariam em indenizações perante o Poder Judiciário, hoje perdem sua força de filtragem diante de construções teóricas paralelas que minam sua capacidade de contenção [...] em numerosos casos, a culpa é presumida ou até dispensada (responsabilidade objetiva), a causalidade é presumida ou flexibilizada por diferentes vias teóricas, o dano moral é considerado *in re ipsa* e mesmo o dano patrimonial, antes aferido por meio de método quase matemático, hoje absorve situações outrora rejeitadas como se viu no estudo da perda da chance<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. London: Sage, 1993.

<sup>63</sup> SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 640-641.

Nessa esteira, não obstante a necessidade de análise casuística e a possibilidade de danos indiretos necessários, filiamo-nos, para estabelecer diretrizes seguras na aferição da responsabilidade civil do médico, àquela baliza de nexos de causalidade relacionada à necessidade da causa, teoria apresentada por Agostinho Alvim:

A causa deve estar ligada ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, mas, com a relação a esta última, é necessário que ela se ligue ao dano, diretamente. É causa necessária, porque o dano a ela se filia, necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas [...] O aparecimento de outra causa é que rompe o nexo causal – e não a distância entre a inexecução e o dano. Causa próxima não é causa imediata, mas a necessária, decisiva direta<sup>64</sup>.

Verifica-se, pois, que a conduta culposa do profissional médico deve estar ligada, necessária e diretamente, ao dano provocado, ainda que mediatamente. A existência de uma causa concorrente ao ato médico deve ser idônea e suficiente para causar o dano por si só; do contrário, estar-se-á diante de concausas e, dessa forma, de concorrência de responsabilidades.

Há, ainda, aquelas causas que afastam o nexo de causalidade e que impedem o aperfeiçoamento da responsabilidade civil, a exemplo do caso fortuito, de força maior, da contribuição exclusiva da vítima ou do fato de terceiro.

#### 4.4 Culpa

Assentados os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, a conduta e o nexo causal, impõe-se, na seara do ilícito civil praticado pelo médico, a apuração da culpa.

A culpa, elemento subjetivo (ou “fundamento”<sup>65</sup>, conforme destacado por Carlos Alberto Bittar) que integra a responsabilidade civil do médico, constitui o ponto central de análise deste trabalho. Isso porque, é nela que estão inseridos os conceitos jurídicos indeterminados que serão objeto de integração a partir do dever de cuidado.

<sup>64</sup> Agostinho Alvim *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 156.

<sup>65</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 39-46.

Segundo Juan Manuel Prevot, a culpa é um fator de “atribuição” ou “imputação valorativa, de um juízo de valor pelo qual se justifica que os efeitos de um dano sofrido por uma pessoa sejam transferidos para o causador” (tradução livre)<sup>66</sup>.

Para Jorge Iturraspe, a culpa se traduz numa “omissão da diligência exigível do agente ou a conduta contrária ao dever de prevenir as consequências previsíveis do próprio ato”<sup>67</sup> (tradução livre). Segundo a definição de Yussef Said Cahali, transcrita na obra de Rubens Limongi França, a culpa em sentido amplo diz respeito à violação a um “dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de um fato intencional (dolo) ou de omissão de diligência e cautela (culpa em sentido estrito)”<sup>68</sup>.

As definições sobreditas permitem compreender a culpa como a violação a um dever de cautela ou cuidado; como o rompimento de padrões de diligência que abrangem as ditas modalidades de negligência, imperícia e imprudência. Atualmente, com esteio no direito espanhol, a partir de uma interpretação objetiva, a culpa se traduz como um “comportamento que se separa de um parâmetro de conduta predeterminado e que acarreta um dano não desejado ou buscado pelo agente”<sup>69</sup>.

Segundo a delimitação de René Savatier, “a culpa é a não execução de um dever que o agente poderia conhecer e observar”<sup>70</sup>. Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “a culpa é defeito que se pode apontar na vontade. Supõe-se que o agente, no que quis, passou do limite em que a sua atividade ou a sua omissão seriam sem defeito”<sup>71</sup>. Atualmente, o art. 186 do CC/2002 assim estabelece: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nesse cenário, a existência da responsabilidade civil do médico, que é fundada no ato ilícito – e, por isso, subjetiva – depende, necessariamente, da culpa

---

<sup>66</sup> PREVOT, Juan Manuel. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 233.

<sup>67</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. Parte general. v. 3. Buenos Aires: Ediar, 1971, p. 120.

<sup>68</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 72. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 24.

<sup>69</sup> MACÍA MORILLO, Andrea. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales** (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life). Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 219; 220.

<sup>70</sup> SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris. LGDJ, 1939. Tomo I, cit. p. 8-9 *apud* TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método: 2018, p. 237.

<sup>71</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 71-72.

em sentido estrito, que se materializa na violação de um dever jurídico, dever esse que nos parece o dever genérico de cuidado.

Assim, a norma violada por uma ação ou omissão daquele profissional liberal deverá decorrer de imprudência, imperícia ou negligência, não obstante o art. 186 do CC/2002 seja silente quanto à modalidade da culpa e as definições daqueles conceitos jurídicos indeterminados.

Apesar da falta de previsão da imperícia no art. 186, o legislador quis contemplá-la como modalidade de culpa, pois materializada no art. 951 do CC/2002, que versa sobre critérios de indenização nos casos de morte ou lesão à saúde decorrentes do exercício de atividade profissional pelo ofensor, o que inclui o médico.

A explicação acerca das diferentes expressões de culpa trazida por Flávio Tartuce nos permite compreender, no campo teórico, a distinção entre uma categoria e outra:

a imprudência vem a ser uma falta de cuidado somada a uma ação, algo próximo da ideia de *culpa in comittendo* dos romanos; a negligência, por sua vez, é uma falta de cuidado somada a uma omissão (*culpa in omittendo*); por fim, a imperícia pode ser definida como a falta de qualificação geral para desempenho de uma função ou atribuição<sup>72</sup>.

Não se desconhece que a discussão doutrinária e jurisprudencial das modalidades de culpa possui natureza peculiar na seara do erro médico, dada a casuística – conceitos não são estanques na prática – e diversos fatores que tornam o tema controverso. No entanto, buscam-se parâmetros ou referências que permitam melhor compreensão e maior segurança jurídica para o assunto.

Nesse ponto, ressalta-se que as modalidades de culpa são conceitos jurídicos indeterminados, sem definição legal. A certeza existente sobre esses conceitos jurídicos indeterminados das modalidades de culpa é a de que traduzem uma violação ao dever de diligência ou cuidado.

Superado esse consenso, parece-nos que a pretensão de distinguir imperícia, imprudência e negligência no campo do erro médico implica divergências, dúvidas e dificuldade de delimitação do ato ilícito, que não depende daquela discriminação de modalidades para o seu reconhecimento.

Segundo a doutrina majoritária, materializada nas considerações de Miguel Kfoury Neto, a “negligência médica “caracteriza-se pela inação, indolência, inércia,

---

<sup>72</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método: 2018, p. 239.

passividade; é um ato omissivo”. O autor invoca o exemplo do “médico clínico que deixa de dar o devido encaminhamento a paciente que necessita de urgente intervenção cirúrgica”<sup>73</sup>, e do esquecimento de gaze no abdome de paciente em procedimento de cesariana.

Quanto à imprudência, o autor ressalta a existência de ato comissivo, que demanda ação do médico: “age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela”<sup>74</sup>. Nesse caso, exemplifica mencionando o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, inicia a sedação do paciente e, em razão dessa conduta, leva o paciente à morte por parada cardíaca.

Na seara do erro médico, a noção de imperícia não difere daquela definição apresentada por Flávio Tartuce, uma vez que essa modalidade de culpa pressupõe o exercício de uma atividade profissional. Trata-se, assim, da falta de aptidão técnica, da ausência de conhecimento suficiente para o adequado desempenho do mister. Miguel Kfoury Neto cita como exemplo de imperícia o caso de um “obstetra que, na operação cesariana, corta a bexiga da parturiente”<sup>75</sup>.

Esquadrinhadas, resumidamente, as modalidades de culpa no campo médico, na prática, muitas condutas turvam os conceitos já abordados. Uma intervenção médica pode traduzir proceder negligente e imperito, ou imperito e imprudente, e até imprudente e negligente (quando há atos sucessivos e encadeados). Um erro pode ser claramente constatado, ainda que não divisada a modalidade da culpa. Para efeito de responsabilidade civil, seara distinta do direito penal, a indicação precisa da modalidade de culpa não é elemento essencial à caracterização do erro médico.

Constatado o dano no paciente, originário diretamente e em razão (ainda que parcialmente) de uma conduta médica errônea que violara o dever de cuidado, a exigência da especificação da modalidade de culpa na vertente civil apenas se revela óbice para comprovar o fato. A análise de precedentes do direito brasileiro sobre o erro médico evidencia o quanto difícil é provar o fato para a parte que experimentou os danos, ainda que se trate de relação de consumo regida pelo art. 14, § 4º, do CDC.

Enquanto regra geral da responsabilidade do médico como obrigação de meio, ressalte-se que a alegação de qualquer das modalidades de culpa acarreta para

---

<sup>73</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 116.

<sup>74</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 121.

<sup>75</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 124.

a vítima o dever de demonstrar o agir imprudente, negligente ou imperito do médico. Nas hipóteses de obrigação de resultado, prevalece o entendimento segundo o qual a culpa do profissional é presumida, o que atrai o ônus da prova para o médico de demonstrar que agiu diligentemente.

No caso da obrigação de resultado, conforme avalia Miguel Kfoury Neto, o “desdobramento, quanto ao ônus da prova, é que, nessa última, ao paciente/vítima incumbirá apenas demonstrar que o resultado não foi alcançado, e ao médico competirá a prova de um fato que o exima de responsabilidade”. Sobre a consequência processual da obrigação de meio, registra: “a vítima deverá fazer prova de que o médico não agiu com o grau de diligência razoável e que houve descumprimento culposo”<sup>76</sup>.

Destaca-se, portanto, que o ponto central da controvérsia na responsabilidade civil por erro médico radica-se na dificuldade de se aferir e comprovar a culpa daquele profissional. Essa talvez seja a razão principal pela qual se tem assistido a uma relativização – ou “erosão”, nas palavras de Anderson Schreiber, pelos tribunais para se delimitar a responsabilidade civil subjetiva do médico, a este atribuindo o ônus de se desincumbir da alegação de conduta culposa.

Trata-se de proceder que consolida a previsão apresentada por Louis Josserand, quando de sua exposição em 1936 sobre a evolução da responsabilidade civil e a adaptação do instituto aos novos tempos. Conforme o estudioso francês, a aferição da culpa deveria ser mitigada por meio de critérios distintos, por ele delimitados a partir das teorias da culpa negativa e do abuso de direito<sup>77</sup>.

Verifica-se, então, que boa parte dos casos de erro médico levados ao Poder Judiciário resultam na falta de comprovação de culpa do médico ou pela alegação de ausência de nexo de causalidade. É certo que, parte dessas demandas frustradas decorre ora da incerteza do julgador ora da dependência quase exclusiva do magistrado do meio de prova pericial – laudo este produzido por um médico, uma vez que testemunhas presenciais nos casos de suposto erro médico são geralmente outros médicos ou profissionais da saúde (técnicos e enfermeiros) que mantêm relação de convivência e até de subordinação com o médico requerido.

Miguel Kfoury Neto, ao analisar o erro médico, acrescenta:

---

<sup>76</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 105.

<sup>77</sup> JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. **Revista Forense**, São Paulo, p. 52-63, jun. 1941, n. 456, p. 55.

nessas demandas indenizatórias, os advogados dos autores pintam com tintas carregadas as evidências de má prática médica, ao passo que os patronos dos requeridos, respaldados em compêndios científicos e laudos periciais, demonstram que o profissional em momento nenhum afastou-se dos cânones que a ciência médica estabelece para o procedimento questionado<sup>78</sup>.

Diante dessa dificuldade de se compreender e delimitar a culpa e o nexo de causalidade nos casos de alegados erros médicos, impõe-se a busca por balizas hermenêuticas mais objetivas que, de alguma forma, possam uniformizar os critérios das decisões judiciais relacionadas ao assunto. Nesse cenário, a criação de um percurso metodológico a partir da violação do dever de cuidado como critério de integração dos conceitos jurídicos indeterminados descortina uma perspectiva de uniformização.

Sobre o erro médico, José de Aguiar Dias ainda pontua:

na apuração dessa responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja técnica a elucidar, caso contrário será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato<sup>79</sup>.

Teresa Ancona Lopez de Magalhães também propõe alguns critérios para se aferir a culpa do médico, radicados na existência de erro grosseiro quando se tratar de diagnóstico e na imprescindibilidade do consentimento – quando possível, em intervenções que ofereçam risco à vida do paciente. Além dessas duas referências, com as quais nos alinhamos, há uma terceira baliza apresentada pela autora: a de que o erro do clínico geral merece menor reprovação do que o especialista<sup>80</sup>.

Divergimos, porém, desse entendimento na medida em que não se pode “compensar” a falta de interesse e aperfeiçoamento do médico que não cursou uma especialização e, dessa forma, não possui o título correspondente. Os pacientes que procuram por ajuda médica, em sua maioria, não apresentam condições de escolher o profissional; seja pela urgência, seja pela falta de condição financeira. A

<sup>78</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 110.

<sup>79</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 285.

<sup>80</sup> MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. *In*: CAHALI, Yussef Said (coord.). **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 309.

necessidade premente pela sobrevivência do paciente não se compadece com maus profissionais médicos que escolheram não se aperfeiçoar e, em razão disso, incorreram no maior risco de erro culposos.

Não se desconhece a diferença de realidades Brasil afora; há diferentes demandas e distintos níveis de formação dos médicos. Porém, há que se buscar um padrão mínimo de formação daqueles profissionais, a fim de se evitar desvios de conduta em razão da imperícia, da imprudência ou da negligência. Evidentemente, o incremento na formação do médico atrai, em regra, maior cautela e competência.

A sugestão para se atribuir menor reprovabilidade ao clínico geral pelo erro médico constitui senão um estímulo para os profissionais não se especializarem e desempenharem melhor a função, já que a qualificação se traduz em maior risco, ao menos para efeito de responsabilidade civil.

Desse modo, não se pretende inverter a fundamentação e agravar a situação do especialista que incorre em erro médico em detrimento do clínico geral, mas, diversamente, sob o ponto de vista da formação acadêmica, de atribuir igual reprovabilidade entre esses agentes. Nesse cenário, a circunstância do caso, e não a condição acadêmica do médico, deve ser o critério principal para a aferição e, principalmente, gradação da culpa do médico em caso de erro.

Com esteio no art. 944, parágrafo único, do CC/2002, a gradação de culpa diz respeito apenas à quantificação do dano, de maneira que a maior ou menor gravidade da culpa não se revela elemento essencial à caracterização da responsabilidade civil.

#### 4.5 O dever de cuidado como critério de integração da culpa

A abordagem da culpa na seara do erro médico pode ser compreendida de modo mais objetivo, a partir de um questionamento sobre a violação de um dever qualificado de cuidado pelo profissional. O concurso de dois fatores relevantes, estes radicados na formação profissional (que se supõe altamente técnica) e na natureza do bem jurídico envolvido (a vida), permite que se tenha uma expectativa distinta do trabalho médico.

Desse modo, o dever de cuidado qualificado do médico deve ter como referência não a diligência esperada do “homem médio”, como sói em diversos campos do direito, mas do bom profissional da medicina. Conforme ressaltado por

Darío Parra Sepúlveda, “deve-se levar em conta as capacidades e conhecimentos típicos da especialidade profissional a que pertence o agente”<sup>81</sup> (tradução livre).

Na esteira da tese de James Goudkamp sobre a delimitação do dever de cuidado<sup>82</sup>, invocada, inclusive, no precedente *Darnley v. Croydon Health Services NHS Trust*, julgado pela Suprema Corte do Reino Unido em outubro de 2018, parece adequado estabelecer como observância de diligência o proceder do médico que age conforme o bom profissional da medicina agiria nas mesmas circunstâncias.

O precedente em questão tratou do caso de um usuário do serviço de saúde inglês, Mr. Darnley, que chegou ao pronto-atendimento com um ferimento na cabeça decorrente de um assalto. Naquela ocasião, o paciente foi orientado por uma recepcionista que teria de aguardar até cinco horas para ser avaliado. Diante do mal-estar do usuário e da impossibilidade de aguardar o tempo indicado, Mr. Darnley deixou o local após 20 minutos e foi para sua residência. Após algum tempo, o paciente piorou e retornou de ambulância ao hospital, oportunidade em que, após ter sido realizado procedimento de drenagem de hematoma, fora constatado severo e incapacitante dano cerebral.

Esse julgado paradigma atravessou as instâncias inferiores até sua discussão chegar à instância superior, especificamente na Suprema Corte do Reino Unido. Nessa instância, assentou-se que o dever de cuidado foi violado, uma vez que se espera do bom profissional – ainda que não se tratasse de médico no caso, mas de alguém que trabalha no serviço de saúde – um dever de diligência qualificado, consistente na obrigação de fornecer informação precisa diante da previsibilidade de dano ao paciente. Isso porque, apesar de o julgado não tratar diretamente do profissional médico, engloba todos aqueles que, de algum modo, laboram com a assistência à saúde<sup>83</sup>. Dada a relevância do bem jurídico, é certo que o entendimento assentado sobre o que se espera do bom profissional alcança, sobretudo, o médico. Por essa razão, parece-nos fundamental delimitar o que seja o bom profissional médico, que serve como parâmetro de comparação na avaliação da conduta de um profissional relacionado à alegação de erro médico.

---

<sup>81</sup> SEPÚLVEDA, Darío Parra. **La responsabilidad civil del medico en la medicina curativa**. 460 p. 2014. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, p. 103.

<sup>82</sup> GOUDKAMP, James. Breach of duty: a disappearing element of the action in negligence? **Cambridge Law Journal** n. 480, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3022685>. Acesso em: 23 maio 2023.

<sup>83</sup> O presente estudo tem por escopo delimitar a responsabilidade civil do médico, e não da instituição a ele relacionada, com contornos jurídicos distintos daquela prevista ao profissional médico.

O bom profissional é aquele que informa, esclarece, se qualifica e se atualiza; aquele que segue as diretrizes éticas profissionais gerais e da eventual especialidade, enfim, dispõe do conhecimento e da técnica mais adequados a cada paciente.

O paciente atendido por um médico espera deste profissional, basicamente, uma conduta ética e conforme a melhor técnica ao caso concreto. Não se espera, necessariamente, a técnica ou a abordagem mais inovadora, mas aquela mais adequada diante das circunstâncias apresentadas.

O dever de cuidado do médico não se materializa somente no emprego da técnica mais adequada ao caso, mas na informação e, se possível, no consentimento do paciente. Não se trata, ressalta-se, de dever de cuidado enquanto obrigação de perfeição, mas de diligência qualificada diante do bem jurídico com que se depara o profissional médico.

A existência de conceitos jurídicos indeterminados de imprudência, imperícia e negligência na delimitação do ato ilícito do médico traz dificuldade de se estabelecer um conceito preciso para cada modalidade de culpa e, o principal, comprová-las. Considerando que aquelas modalidades de culpa pressupõem e enfeixam a violação a um dever de diligência, parece-nos que a ideia de uma série de questionamentos objetivos sobre a violação do dever de cuidado tem o condão de aferir o elemento culpa mais objetivamente.

Nesse passo, o art. 186 do CC/2002 não determina seja discriminada a modalidade de culpa para se delimitar o ato ilícito, por consequência, a responsabilidade civil. A legislação condiciona a demonstração de culpa, e não necessariamente de sua modalidade, de maneira que comprovar a violação ao dever de diligência pelo profissional é observar aquele elemento da responsabilidade civil subjetiva.

No campo específico do erro médico, a culpa pode se materializar por meio de diferentes modalidades incidentes sobre a mesma conduta. Conforme destacado quando da abordagem do conceito de culpa, a conduta do médico pode ser imprudente e imperita, o que torna a distinção entre uma modalidade e outra de culpa uma tarefa despicienda e pernicioso, ao menos na seara da delimitação e do reconhecimento da responsabilidade civil do profissional.

Essa perspectiva de análise da culpa e de suas modalidades a partir do pressuposto do dever de cuidado nos permite enfrentar questões surgidas com o

avanço social, conforme vaticinou Louis Jossierand, e o implemento da tecnologia na medicina, a exemplo dos procedimentos por meio computadorizado e de IA. Desse modo, o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados integrantes da culpa podem ser colmatados e melhor aferidos a partir do imperativo do dever de cuidado e das questões objetiva dele decorrentes.

Neste ponto, é essencial fixarmos a premissa segundo a qual já se reconheceu, na casuística, a existência de uma conduta do profissional médico vinculada a um dano ao paciente. Há, portanto, o dano, o nexo causal e a conduta. Ressalta-se que, este trabalho delimita a análise da responsabilidade civil do médico – e não da instituição a ele relacionada – a partir da regra geral que depende da verificação da culpa conforme estabelecido no art. 14, § 4º, do CDC.

Os questionamentos a seguir propostos, todos relacionados à integração das modalidades de culpa, têm a finalidade de aferir a violação de um dever de cuidado pelo médico e, assim, a responsabilidade civil daquele profissional.

Nessa linha de reflexão sobre a integração da culpa do médico a partir da violação ao dever de cuidado, parece-nos que a primeira proposição diz respeito às condições de atuação daquele profissional. A avaliação das circunstâncias em que se desenvolveu o ato médico é, portanto, o ponto de partida para o adequado dimensionamento do escopo do dever de diligência.

Assim, o primeiro questionamento diante de uma conduta médica relacionada a um dano ao paciente é o seguinte: O médico estava em condições ordinárias de atuação? Em caso negativo: A circunstância eventualmente extraordinária foi causada pelo profissional?

A existência de situação ordinária traduz circunstância de normal atuação do médico, ou seja, a conduta ocorrida em estabelecimento adequado, com o suporte de equipamentos, insumos e pessoal necessários para o procedimento. Esse contexto da conduta tem o propósito de aferir o alcance do dever de cuidado, de verdadeiro parâmetro de comparação, já que o ato médico em circunstâncias não ordinárias limita o campo de possibilidades de proceder do profissional.

É certo que circunstâncias atípicas ou extraordinárias não afastam o dever de diligência do médico, mas não se pode exigir desse profissional o espectro de obrigações de cuidado que ele deve ter em condições normais ou ordinárias de atuação. Como exemplo dessa distinção, não se pode aquilatar o dever de informação

do médico que está sob circunstâncias extraordinárias com o do profissional que atua em condições ordinárias, previsíveis.

As circunstâncias extraordinárias de atuação do médico abrem caminho para a discussão acerca de fatores alheios à conduta do profissional como possíveis causas exclusivas ou concorrentes (concausas) do dano provocado no paciente. Nesse contexto, o 393 do CC/2002 afasta a responsabilidade do devedor nos prejuízos resultantes exclusivamente de caso fortuito ou força maior.

Esse dispositivo alcança a responsabilidade civil decorrente do erro médico, especificamente na hipótese de o profissional não ter concorrido de qualquer forma – em violação ao dever de cuidado – para o evento danoso. Anote-se que as circunstâncias extraordinárias não podem ter sido causadas pelo médico, uma vez que, desse modo, esse proceder implicaria evidente violação ao dever de diligência.

Como exemplo de uma atuação do médico em circunstância extraordinária, menciona-se a hipótese do profissional sem formação específica, de plantão como único médico em unidade de saúde longínqua, que se depara com procedimento cirúrgico de urgência inadiável, a exemplo de paciente com politraumatismo decorrente de acidente automobilístico.

Nessa hipótese, se o paciente vier a óbito e se discutir eventual erro médico como causa eficiente do evento morte, evidente que o médico esteve diante de circunstâncias extraordinárias, de maneira que dele não se poderia esperar o mesmo feixe – ou escopo – de obrigações de cautela do médico especialista que tem a expertise e a estrutura para agir conforme os protocolos de técnica mais adequados.

Na condição do médico plantonista do exemplo mencionado, o dever de cuidado seria observado se demonstrado pelo profissional o emprego do protocolo possível naquelas circunstâncias, ainda que a conduta estivesse adstrita a primeiros socorros básicos e diligência para a remoção segura do paciente.

Neste ponto, causa-nos desconforto eventual conclusão de que ao médico especialista haveria mais deveres de cuidado. Não. Ressaltamos, pois, que é de extrema importância a qualificação e a especialização do profissional médico, inclusive porque uma das expressões da observância ao dever de cuidado deita raízes no emprego da técnica mais adequada a cada paciente e circunstância. Assim, o médico especialista, que desempenha melhor a função pela dedicação vertida à formação, não possui mais deveres de cautela. Há um escopo, um feixe distinto – e não maior – de obrigações de cuidado pelo profissional com especialização.

Assentado o parâmetro das circunstâncias – ordinárias ou extraordinárias – da conduta do médico, essencial o questionamento sobre a evitabilidade ou a previsibilidade do dano provocado pelo profissional. O dever de cuidado do médico se concretiza no emprego de todos os meios, materiais e intelectuais, à disposição do médico para a não ocorrência do dano.

Nesse passo, o questionamento colocado diz respeito à evitabilidade do dano – sob a ótica do médico diligente: Quais danos ao paciente o médico deveria e poderia ter evitado?

Esclarece essa questão permite aferir se o dano poderia de algum modo ser evitado pela conduta do profissional responsável pelo ato médico. De um lado, a resposta negativa à pergunta traduz a ausência de condutas possíveis ao médico diligente para evitar o dano ocorrido. Se o médico não poderia conter ou evitar de qualquer modo por sua conduta diligente o desdobramento dos fatos, então, não se descortina violação ao dever de cuidado e, desse modo, não há o ato ilícito por aquele profissional.

De outro lado, a resposta afirmativa à indagação atrai a necessidade de se especificar quais danos o médico – sob a ótica do dever de cuidado e, assim, do bom profissional diligente – poderia ter evitado e quais condutas deveria ter empregado para que o desfecho do caso fosse diverso. A evitabilidade do dano pelo médico descortina a violação ao dever de cuidado e permite realizar a próxima questão.

O terceiro questionamento que materializa o dever de cuidado como fator de integração dos conceitos que integram a culpa relevante consiste no seguinte: A conduta do médico violou alguma diretriz profissional (ética ou técnica) que tenha contribuído ou causado o resultado danoso?

A sindicância sobre eventual violação de norma profissional, seja de caráter ético, seja técnico, revela a perquirição da violação do dever de cuidado sob diversos prismas. A violação de diretriz relevante para se reconhecer o erro médico parece ser aquela que tem contribuição causal direta para o dano provocado ao paciente.

É certo que o descumprimento de uma diretriz técnica ou ética pelo profissional, por si só, não implica ato ilícito passível de responsabilidade civil. Isso porque, nos termos do art. 186 do CC/2002, a inobservância das determinações profissionais deve repercutir um dano comprovado ao paciente. Afinal, não há responsabilidade civil sem dano.

Sobre o tema, José Aguiar Dias especifica: “não pode haver responsabilidade de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde não há que reparar”<sup>84</sup>.

Desse modo, imperiosa a constatação de uma conduta do médico que se desvie dos predicados técnicos e/ou éticos, e que tal proceder (ação ou omissão) tenha nexos causal direto com um dano ao paciente.

O fato de existir uma indicação de conduta como a mais adequada não atrai, necessariamente, a violação ao dever de cuidado pelo médico. Com efeito, a medicina não é ciência exata e admite variantes e possibilidades de conduta, ainda que não sejam as mais indicadas a determinado caso.

Nesse cenário, parece importante avaliar se a conduta eleita pelo profissional, ainda que não tenha sido a mais adequada naquelas circunstâncias, estava de acordo com diretrizes éticas e no plexo de possibilidades previstas pela ciência médica.

Desse modo, não nos parece haver culpa do profissional que, apesar da conduta não ser a mais indicada, observa as diretrizes éticas e os protocolos técnicos comprovados para o caso apresentado. Neste momento, indispensável esclarecer sobre a existência de eventual obrigação contratual assumida pelo médico, em cujo âmbito especifica o tipo de conduta a ser empregada.

Trata-se de hipótese abarcada pelo questionamento sobredito, uma vez que o emprego de técnica diversa, ainda que comprovada, sem justificativa daquela assumida contratualmente pelo profissional viola os deveres de informar e de esclarecer, diretriz ética e desdobramento do dever de cuidado qualificado do médico.

A próxima baliza que permite analisar a violação ao dever de cuidado diz respeito ao registro das intercorrências relacionadas ao ato médico. Apesar do registro de atendimento ao paciente constituir um dever ético do médico, inclusive com expressa previsão no art. 69 do Código de Ética Médica – situação abarcada pela indagação anterior – o destaque para um quesito específico quanto à documentação permite atribuir a devida importância ao dever de informar do médico e ao consentimento do paciente, além de analisar com melhor cuidado o interesse do

---

<sup>84</sup> DUARTE, Nestor. Parte Geral. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**. v. 1. 11. ed. Barueri: Manole, 2017, p. 117-118.

profissional na apuração dos fatos: O médico documentou adequadamente a conduta, a circunstância e as intercorrências do caso que resultou em alegados danos?

O dever de documentação pelo médico é um desdobramento imediato do dever de informação<sup>85</sup>. Ao dever do médico se contrapõe o direito do paciente de ter acesso e de conhecer o seu histórico de atendimentos. Nesse ponto, fundamental a distinção doutrinária entre o dever de aconselhar e o dever de informar, conforme delinea Christoph Fabian:

o conselho é compreendido como orientação ao enfermo. O dever de dar conselho garante a autonomia decisiva do paciente durante o tratamento<sup>86</sup> [...] ao dever de informar corresponde a necessidade do médico obter o consentimento do paciente para proceder em um procedimento arriscado ou uma operação<sup>87</sup>.

Nessa esteira de considerações sobre a relevância da informação pelo profissional médico, e da projeção de uma obrigação autônoma do profissional, passível, por si, de reparação, pondera Sérgio Cavalieri Filho:

a falta de informação, a violação do dever de informar, pode levar o médico ou hospital a ter que responder até mesmo pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, nem por culpa do insucesso do tratamento, mas pelo defeito de informação; pela omissão em informar ao paciente os reais riscos do tratamento<sup>88</sup>.

Desse modo, para o paciente desenvolver sua autonomia a contento e consentir adequadamente, deve ter sido aconselhado.

Nesse âmbito de direitos e de deveres na relação entre o médico e o paciente, a existência de um documento objetivo, legível e completo adquire importância primeira no propósito de se aferir e compreender o ato médico questionado.

O profissional médico diligente, que atua segundo o “bom profissional da medicina”, tem o poder-dever de registrar de modo objetivo, inteligível e completo o atendimento prestado ao paciente. De um lado, o documento médico elaborado com

---

<sup>85</sup> O dever de informar constitui dever anexo e emanção genérica do princípio da boa-fé objetiva e específica do princípio da transparência ou confiança. A tutela da informação está prevista nos arts. 4º e 6º, III, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

<sup>86</sup> FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 134.

<sup>87</sup> FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 135.

<sup>88</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 28, p. 81-87, 2004, p. 84.

os adjetivos sobreditos constitui não só dever do médico, mas garantia da conduta daquele profissional.

De outro, a ausência do documento obrigatório ou – como é mais comum – a sua confecção prolixa e incompleta demonstra pelo menos a falta de diligência do profissional em informar ao paciente e seus familiares sobre a conduta médica, as intercorrências e as circunstâncias relevantes ao atendimento prestado.

Em alguns casos, a ausência do documento médico ou a sua elaboração precária traduz proceder do profissional para dificultar o acesso do paciente e a constatação do erro médico. Trata-se de gravíssima violação aos deveres de cuidado esperados daquele profissional e que, por essa razão, pode se aperfeiçoar em culpa do médico.

Ainda na seara dos registros, eficiente parece ser o proceder que condiciona a elaboração do documento médico a uma revisão por um segundo médico da equipe, não subordinado, e mais um profissional da saúde, a exemplo do enfermeiro, como espécies de revisores daquele responsável pelo atendimento e pelo preenchimento do documento. Essa revisão teria o condão de verificar especialmente a completude e a veracidade das informações lançadas no documento médico.

Assim, a não elaboração de documentação médica adequada de atendimento ao paciente repercute na apuração da culpa do profissional, de maneira que é do interesse do médico esclarecer adequadamente a própria conduta.

O enfrentamento aos questionamentos sobreditos permite melhor delimitar a violação ao dever de cuidado e, desse modo, a culpa do médico. Essas balizas propõem evidenciar se existiu, no caso em análise, o distanciamento da conduta do médico daquilo que o “bom profissional” procederia e, mais, se esse descompasso causou ou contribuiu para o resultado danoso ao paciente.

No que diz respeito ao campo do ônus de se responder aos questionamentos sobreditos, parece-nos que a necessidade de conhecimento técnico demonstra a hipossuficiência do paciente frente ao médico, além de atrair ao profissional a responsabilidade pelos esclarecimentos, que poderão ser cotejados em prova pericial.

Apesar deste estudo não pretender alterar os paradigmas jurisprudenciais que distinguem a natureza da obrigação assumida pelo médico como critério para se presumir a culpa – ou afastá-la enquanto elemento da responsabilidade civil – daquele

profissional, as hipóteses elencadas como obrigação de resultado também devem passar pelo crivo das questões apresentadas neste trabalho.

A existência de uma presunção de culpa nos casos de obrigação de resultado assumida pelo médico parece tornar automática uma análise que deve ser casuística. Assim, é possível que aquele profissional não viole qualquer dever de cuidado e se depare com um dano ao paciente durante um determinado procedimento. O fato de o médico se comprometer a um resultado específico não afasta a exigência de que exista um dano e que esse resultado danoso diverso do assumido tenha decorrido da violação a um dever de cuidado.

Nesse contexto, as questões trazidas a este estudo se aplicam à avaliação da responsabilidade civil do médico nas obrigações de resultado, de maneira que a discussão sobre a presunção ou a existência de culpa deve guardar relevância para o campo probatório, na distribuição desses ônus processuais, e não na delimitação dos elementos da responsabilidade civil.

## 5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do médico fundada na culpa necessita de critérios mais objetivos para sua aferição. A análise dos precedentes brasileiros evidencia a ausência de um percurso metodológico que viabilize caracterizá-la de modo mais previsível e homogêneo, já que a pretensão de distinção das modalidades acarreta dificuldade de definição e, conseqüentemente, de prova.

Essa dificuldade decorre, sobretudo, em razão da conformação das modalidades de culpa em conceitos jurídicos indeterminados que materializam o princípio da operabilidade no CC/2002 e que permitem a valoração da norma entre as zonas de certeza positiva e negativa.

Nesse cenário de dificuldade de delimitação de conceitos não trazidos pela lei, o presente estudo apresenta o paradigma do dever de cuidado como fio condutor daquele percurso metodológico para analisar a existência da culpa do médico. A concepção de escopo do dever de cuidado deita raízes em precedentes estrangeiros, especificamente da Suprema Corte do Reino Unido, relacionados à responsabilidade civil decorrente de erro do profissional.

O dever de cuidado fragmentado em questionamentos objetivos tem a aptidão de preencher os conceitos jurídicos indeterminados que integram a culpa sem a necessidade de delimitação estanque – até porque não há – das suas modalidades. O traço comum de violação ao dever de cuidado existente na imprudência, na imperícia e na negligência afasta a necessidade de distinção, já que esse proceder apenas acarreta dificuldade na comprovação do erro médico.

Desse modo, as questões objetivas relacionadas à violação do dever de cuidado permitem a caracterização mais precisa da culpa, de maneira a garantir não só aos operadores do direito mas aos profissionais médicos a compreensão e a previsibilidade dos critérios que demarcam o ato ilícito e a consequência jurídica dele advinda, que é a responsabilidade civil. Trata-se abordagem hermenêutica distinta, sujeita, certamente, a questionamentos, mas com a pretensão de se aperfeiçoar o arcabouço jurídico-normativo da responsabilidade civil decorrente de erro médico.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico**. Bauru: Edipro, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. London: Sage, 1993.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no Ag. n. 744.181/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 05-09-2013, DJe 26-11-2008.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, REsp n. 1.180.815/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19-08-2010, DJe 26-08-2010.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, REsp n.1.104.665/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 09-06-2009, DJe 04-08-2009.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, REsp n. 236.708/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal Convocado do TRF da 1ª Região, j. 10-02-2009, DJe 18-05-2009.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no REsp n. 846.270/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22-06-2010, DJe 30-06-2010.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no Ag. n. 744.181/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 05-09-2013, DJe 26-11-2008.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, REsp n. 1.424.304/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11-03-2014, DJe 19-05-2014.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, REsp, n. 65.393/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30-10-2005.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, REsp n. 84.752/RJ, Min. Ari Parglender, j. 21-10-2000.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, Apel. Cível n. 2010.079530-6, Capital, 2ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 06- 12-2012, DJSC 12-12-2012.

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 54, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 28, p. 81-87, 2004.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O direito, a medicina e o cuidado. **Revista de Direito e Medicina**. v. 1, jan.-mar. 2019. São Paulo: RT, 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. **Juramento de Hipócrates**. Compromisso do médico (Versão de outubro de 2017, da Associação Médica Mundial). Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml>. Acesso em: 10 maio 2023.

DANTAS, San Tiago. **Programa de responsabilidade civil II**. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1954.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DÍAS, Julio Alberto. O dever de cuidado no *common law* (*duty of care*). **Revista de Direito Privado**, v. 28, p. 53-68, out.-dez. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Nestor. Parte Geral. In: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**. v. 1. 11. ed. Barueri: Manole, 2017.

EHRHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. do original alemão: Einführung in das juristische Denken. Trad. J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

EUA. **Suprema Corte do Estado de Washington**. 83 Wn.2d 514,519 P.2d 981,67 A.L.R.3d 175.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 5, p. 101-116, jan.-mar. 2000.

GOUDKAMP, James. Breach of duty: a disappearing element of the action in negligence? **Cambridge Law Journal** n. 480, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3022685>. Acesso em: 23 maio 2023.

GRAU, Eros. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 77, p. 177-183, 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 17 maio. 2023.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. Parte general. v. 3. Buenos Aires: Ediar, 1971.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. **Revista Forense**, São Paulo, p. 52-63, n. 456, jun. 1941.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. São Paulo: RT, 2018.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 72. São Paulo: Saraiva, 1977.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACÍA MORILLO, Andrea. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales** (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life). Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. *In*: CAHALI, Yussef Said (coord.). **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé do no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *In*: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MOFFET Peter; MOORE Gregory. The standard of care: legal history and definitions – the bad and good news. **Western Journal of Emergency Medicine**, Universidade da California, Irvine, v. 1, 12. ed., p. 109-112, fev. 2011. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3088386/>. Acesso em: 23 maio 2023.

NASSER, Paulo Magalhães. **Onerosidade excessiva no contrato civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PREVOT, Juan Manuel. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. Biblioteca de Direito Civil. Estudo em homenagem ao Professor Miguel Reale. v. 1. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *In: Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 20, n. 47, p. 191-201, jan.-fev. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão aos filtros de reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEPÚLVEDA, Darío Parra. **La responsabilidad civil del medico en la medicina curativa**. 460 p. 2014. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Carlos III de Madrid, Madrid, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em Teses**, n. 39. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 23 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método: 2018.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

UNITED KINGDOM. **Suprema Corte.** Donoghue v. Stevenson. [1932] UKHL 100 [1932] SC (HL) 31 [1932] AC 562 [1932] All ER Rep 1

UNITED KINGDOM. **Suprema Corte.** Caparo Industries plc v. Dickman. [1990] ALL ER 568, [1990] 2 AC 605

UNITED KINGDOM. **Suprema Corte.** Manchester Building Society (MBS) v. Grant Thornton UK LLP [2021] UKSC 20.

UNITED KINGDOM. **Suprema Corte.** South Australia Asset Management Corp (SAAMCO) v. York Montague Ltd. [1996] UKHL J0620-4.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória:** recursos extraordinários, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2001.

## **REFERÊNCIAS NORMATIVAS (Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)**

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – Resumo, resenha e recensão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação