

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESISTA EM CASO DE ERRO MÉDICO: COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.014 – SP

Marcel Caetano Brites Campodonico¹
Prof.^a Dra. Liane Tabarelli²

RESUMO

Atualmente, em virtude das grandes repercussões observadas no Poder Judiciário brasileiro, o estudo da responsabilidade civil médica, em especial no que tange ao anestesista, em casos de ocorrência de erro médico, torna-se essencial para o atingimento das melhores soluções jurídicas possíveis. Nesse sentido, o presente artigo busca analisar a estrutura do instituto da responsabilidade civil brasileira com relação ao médico anestesista em caso de erro médico e a sua aplicação, através da observância do julgamento do Recurso Especial nº 1.790.014 - SP. Justifica-se a escolha do tema pela relevância que o instituto da responsabilidade civil médica abrange na atualidade, em especial no que tange ao médico anestesista, bem como pelo fato de que a demanda de procedimentos estéticos aumentou muito nos últimos anos. O método utilizado para confecção da presente pesquisa foi o dedutivo, tendo como fontes a revisão bibliográfica, a legislação e a jurisprudência nacionais. O Código de Defesa do Consumidor, pelo fato do médico ser um fornecedor de serviços, tem incidência na relação deste com o respectivo paciente. No que tange ao anestesista, além dos pressupostos básicos da responsabilidade civil médica, deve-se analisar os preceitos específicos dessa seara, especialmente com relação ao erro médico cometido por ato próprio. Por fim, conclui-se que, mesmo com a robusta previsão legal e jurisprudencial acerca da temática, somente a análise pormenorizada do caso concreto será capaz de definir com precisão a melhor solução jurídica a ser tomada acerca da responsabilidade civil do anestesista em caso de erro médico.

Palavras-chave: Responsabilidade civil médica; Código de Defesa do Consumidor; anestesista; erro médico; Recurso Especial nº 1.790.014 – SP; método de pesquisa dedutivo.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil dos profissionais de Medicina, desde as criações das primeiras teorias da responsabilidade civil, foi algo visto de maneira especial pelos operadores do Direito, considerando suas especificidades e necessidade de um olhar mais delicado, especialmente a partir de 1990, com a vigência da Lei nº 8.078/90, que disciplinou o Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, nos últimos anos, algo que ganhou mais ainda a atenção dos legisladores foi a responsabilidade civil do médico especializado em anesthesiologia, em virtude da grande massa de procedimentos estéticos ocorridos, fato que, proporcionalmente, aumentou a demanda de procedimentos anestésicos e as possibilidades de indenizações, tendo em vista o aumento de erros médicos, motivo pelo qual resta necessário realizar uma análise geral de como funciona a responsabilidade civil do anestesista em caso de erro cometido.

Nesse sentido, torna-se necessário analisar as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação a esta relação jurídica, visto que o médico é fornecedor de serviços, bem como as disposições do Código Civil acerca do dever de indenizar. Ademais, resulta-se

¹ Acadêmico do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: marcel.campodonico@edu.pucrs.br.

² Orientadora: Prof.^a Dra. Liane Tabarelli. Professora adjunta do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: liane.tabarelli@pucrs.br.

necessário realizar alguns apontamentos referentes ao Código de Ética Médica, eis que é este o norteador dos limites profissionais do médico.

Desse modo, busca-se, através da presente pesquisa, a partir de uma abordagem dedutiva, analisar a estrutura do instituto da responsabilidade civil brasileira com relação ao médico anestesista em caso de erro médico, a fim de estabelecer os limites da relação médico-paciente, a definição de responsabilidade civil médica e os seus requisitos com relação ao dever de indenizar, bem como tecer comentários sobre o Recurso Especial nº 1.790.014 – SP com o objetivo de unir a teoria à prática e entender melhor como funciona a responsabilidade civil do anestesista.

Para a realização dessa análise, fez-se necessária a leitura e revisão bibliográfica acerca dos princípios que norteiam a atividade médica, bem como de artigos científicos e doutrina sobre o instituto da responsabilidade civil brasileira *lato sensu* e, após, especificamente acerca da responsabilidade civil médica, para que fosse possível estabelecer as obrigações e direitos do médico especializado em anestesiologia. Ademais, tornou-se necessária a análise das disposições do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e do Código de Ética Médica.

A presente pesquisa justifica-se pela relevância que o tema da responsabilidade civil médica abrange na atualidade, em especial no que tange ao médico anestesista. Em virtude da grande massa de procedimento estéticos ocorridos nos últimos anos, fato que, proporcionalmente, aumentou a demanda de procedimentos anestésicos e as possibilidades de indenizações, em decorrência do aumento de erros médicos, esclarece-se, por si só, a necessidade de análise deste tema com mais cautela.

Destarte, sempre é importante destacar a delicadeza do profissional de Medicina *lato sensu*, visto que seus objetos de trabalho são a vida e a saúde do ser humano, dois direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Especificamente, com relação ao anesthesiologista, esta função se torna ainda mais sensível, considerando que um processo anestésico dita o estado de saúde inicial do paciente, no próprio decorrer do procedimento cirúrgico e no seu período pós-operatório.

Dessa forma, busca-se, através desta pesquisa, analisar e esclarecer como o Direito Brasileiro atua nesta seara, o que será feito através da realização de apontamentos ao Recurso Especial nº 1.790.014 – SP.

A partir da problematização apontada, inicia-se a pesquisa a partir da abordagem, no segundo item, acerca do direito à saúde como um direito fundamental social, visto que a noção dessa disposição legal norteia a maior parte dos entendimentos na relação jurídica entre um médico e o seu paciente. Subsequentemente, no terceiro tópico da pesquisa, esta relação jurídica médico-paciente será objeto de análise a partir da incidência da legislação consumerista (Lei nº 8.078/1990), eis que o médico autônomo atua como fornecedor de serviços, ocasião em que também serão tecidos comentários sobre a aplicação do Código de Ética Médica, bem como serão esclarecidos e analisados os direitos e obrigações do paciente.

No quarto item, aborda-se amplamente a responsabilidade civil médica no direito brasileiro, bem como as suas peculiaridades. Essa definição serve como preceito básico para compreender a amplitude da responsabilidade civil no âmbito médico.

No item quinto, analisa-se os requisitos do dever de indenizar na responsabilidade civil médica, visto que, antes de adentrar na própria seara da obrigação indenizatória, é necessário analisar e compreender os seus pressupostos. Ainda, busca-se a análise paralela de risco inerente da profissão e o próprio erro médico, oportunidade em que incide tal obrigação.

Adentrando-se na especialidade que se busca analisar por meio do presente trabalho, no sexto item se é tratado da responsabilidade civil médica própria do anestesista. Destaca-se que o objeto de pesquisa é a responsabilidade civil do anestesista em caso de erro médico por ato próprio, onde serão abordadas, inclusive, suas causas excludentes de obrigação indenizatória.

No último item, busca-se aliar a teoria com a prática através da análise do Recurso Especial nº 1.790.014 – SP, onde serão tecidos comentários acerca deste a fim de compreender o posicionamento jurisprudencial brasileiro no que tange à matéria objeto de pesquisa.

2 O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Para compreender como funciona a complexidade da responsabilidade civil do profissional de Medicina em caso de erro médico, especialmente no que tange ao especialista em anesthesiologia, primeiramente é necessário entender como é classificado o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, visto que este, na verdade, é o preceito estruturante da necessidade de se estudar a responsabilidade civil médica.

Apesar de as primeiras Constituições Federais brasileiras, quais sejam, de 1824 e 1891, não preverem especificamente o direito à saúde por parte do povo, tal conceito foi criado e amparado no âmbito constitucional pátrio ao longo dos anos.³

É princípio fundamental ético do profissional da Medicina o serviço e zelo à saúde do ser humano. Dessa forma, resta amparado na Constituição Federal de 1988 a vida e a saúde como sendo dois direitos fundamentais previstos, respectivamente, no *caput* dos artigos 5º e 6º deste diploma legal.⁴

Percebe-se, pela amplitude do amparo legal que a saúde tem no ordenamento jurídico brasileiro, que a responsabilidade estritamente profissional do médico deve ser analisada como uma matéria apartada. Isso porque um estado de saúde pressupõe a completa disposição e bem-estar do ser humano em quaisquer das suas atividades, e não apenas um conceito de ausência de doença⁵, o que torna o direito à saúde muito mais amplo.

Destaca-se, imperiosamente, que essa amplitude legal decorre da intenção do legislador de promover um processo contínuo de extensão do direito à saúde, bem como dos demais direitos sociais, tendo em vista a necessidade de não limitar os direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988.⁶

Antigamente, o médico, visto como o profissional que detinha total disposição sobre a vida do ser humano, era tratado como um ser intocável.⁷ No entanto, em tempos em que procedimentos puramente estéticos cresceram consideravelmente, a demanda no Poder Judiciário em desfavor de profissionais de Medicina proporcionalmente também cresceu, muito em virtude destes procedimentos estarem ligados a um resultado na intervenção cirúrgica.⁸

Reconhecido esse aumento, deve-se, mais do que nunca, analisar os preceitos básicos da responsabilidade civil médica como a amplitude do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o próprio avanço, seja tecnológico ou propriamente científico na área médica, traz novas discussões e problemas a serem estudados.⁹

A partir desse paradigma, percebe-se que a saúde, sendo caracterizada como direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser protegida ao ponto de ser

³ BÜHRING, Marcia Andrea. **Mobilidade, fronteiras & direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 176.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

⁶ BÜHRING, Marcia Andrea. **Mobilidade, fronteiras & direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 223.

⁷ MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 39.

⁸ MORAES, Irany Novah. **Erro médico**. 2. ed. ampl. São Paulo: Santos-Maltese, 1991, p. 97.

⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

considerada ato indispensável para a vida humana¹⁰, eis que possui caráter de aplicação imediata e incondicionada.¹¹ Ademais, ressalta-se que, apesar do âmbito privado ser objeto de estudo da presente pesquisa, é obrigação do Estado, em virtude da disposição dos artigos supracitados na Carta Magna de 1988, a proteção à saúde e prevenção às doenças.¹²

Antes de adentrar propriamente na seara privada, é de suma importância diferenciar esta do âmbito público, visto que a saúde é tratada de maneiras diferentes sob esses dois aspectos. O artigo 196 da Constituição Federal¹³ traz a previsão legal de ser dever do próprio estado a criação, amparo e custeio da saúde de todos, sendo esta obrigação o principal pilar do direito fundamental social supracitado.¹⁴

No entanto, no âmbito privado, o amparo constitucional está presente no artigo 199 da Carta Magna de 1988¹⁵, eis que o fornecimento de serviços à saúde é livre. Ainda, enquadrando-se o médico autônomo nessa espécie, este responde por danos causados aos pacientes-consumidores, à luz do Código de Defesa do Consumidor.¹⁶

Nesse sentido, conclui-se que o exercício laboral do profissional de Medicina deve ser estudado e amparado de forma apartada. O erro médico pode trazer resultados irremediáveis como a morte de uma vida humana¹⁷, visto que os próprios objetos de trabalho do médico, como já citados, são a vida e a saúde.

Portanto, sendo a assistência à saúde uma obrigação estatal, destaca-se a abrangência deste direito fundamental social que, mesmo a saúde pública não sendo objeto de pesquisa do presente trabalho, torna-se fundamento basilar do direito à saúde este preceito.¹⁸

Após terem sido discorridos comentários sobre o direito à saúde e a sua caracterização no ordenamento jurídico brasileiro, no item a seguir será analisada e exposta a própria relação jurídica entre o médico e o seu paciente, bem como a incidência do Código de Defesa do Consumidor nesta.

3 A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE E A INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA (LEI Nº 8.078/1990)

Como foi brevemente comentado no item anterior, o Código de Defesa do Consumidor possui grande relevância no estudo da responsabilidade civil médica, visto que norteia a relação jurídica estabelecida entre um profissional de Medicina e um paciente que busca os seus serviços.

¹⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

¹¹ BÜHRING, Marcia Andrea. **Mobilidade, fronteiras & direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 224.

¹² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-25.

¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

¹⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-25.

¹⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-25.

Primeiramente, é necessário analisar e compreender a natureza da atividade do profissional de Medicina perante o seu paciente. O médico, seja qual for a sua especialidade, atua como fornecedor de serviços a quem procurar a sua atividade profissional, o que justifica, por si só, a incidência da legislação consumerista.¹⁹ Nesse sentido, segundo Fabrício Matielo:

Ora, despiendo arvorar-se em maiores elucubrações para concluir pelo enquadramento da atividade objeto do contrato médico como prestação de serviços sujeita, no que autorizado, aos ditames contidos no estatuto protetivo. De outra parte, igualmente inequívoca a condição de consumidor assumida pelo paciente a partir do advento da normatização ora em estudo.²⁰

A partir desse entendimento, é necessário destacar e analisar os direitos e obrigações do profissional de Medicina, ora fornecedor de serviços, bem como do seu paciente, ora consumidor da relação jurídica.

3.1 COMENTÁRIOS SOBRE O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: APONTAMENTOS ACERCA DOS DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO

A Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019, em vigor desde 30 de abril de 2019, revisou e atualizou o Código de Ética Médica.²¹ A partir da nova disposição, o diploma buscou manter as diretrizes deontológicas e diceológicas do antigo Código de Ética de 1988, ou seja, os direitos e prerrogativas profissionais do médico. Contudo, buscou atualizar as normas de conduta dos profissionais de Medicina de acordo com as suas novas necessidades e com os avanços tecnológicos dessa área de atuação.²²

Nesse sentido, estabeleceu-se, no Capítulo II do Código, um rol de direitos dos médicos na prestação dos seus serviços. Já, em todos os capítulos seguintes, estão previstos e taxados de maneira ampla as vedações impostas aos profissionais de Medicina, estabelecendo os seus deveres.²³

Dentre essas obrigações, destaca-se, essencialmente, o dever de informação atribuído ao profissional de Medicina frente ao seu paciente. É vedado ao médico deixar de informar objetivamente ao seu consumidor, na relação jurídica ora discutida, as questões importantes do caso clínico, como diagnósticos, prognósticos e riscos do tratamento, visto que o paciente, através dessas informações, é quem deve decidir se o tratamento ou intervenção cirúrgica será feito ou não.²⁴ Essa obrigação, além de possuir previsão legal constitucional a partir do artigo

¹⁹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 77.

²⁰ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 77.

²¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: CFM, 2019. p. 21. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2020.

²² FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

²³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: CFM, 2019. p. 21. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2020.

²⁴ MORAES, Irany Novah. **Erro médico**. 2. ed. ampl. São Paulo: Santos-Maltese, 1991, p. 13.

5º, inciso XIV, da Constituição Federal²⁵, é amparada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, inciso III²⁶, em virtude da existência de uma relação consumerista.

Tal obrigação está ligada diretamente ao chamado princípio da transparência²⁷, previsto no *caput* do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.²⁸

Ressalta-se que essa obrigação de transparência do profissional de Medicina frente ao seu paciente deve ocorrer antes do início do tratamento ou intervenção cirúrgica, durante e, inclusive, após o ato médico ter sido realizado.²⁹

Nesse sentido, destaca-se a ementa do acórdão proferido pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob relatoria do Desembargador Leonel Pires Ohlweiler:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR. CIRURGIA DE LIGADURA DE TROMPAS. CONSENTIMENTO INFORMADO. COMPROVAÇÃO. LESÃO DA ALÇA DO INTESTINO. RISCOS QUE SÃO PREVISTOS NA LITERATURA MÉDICA. FATORES DE PREDISPOSIÇÃO DA PACIENTE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA REFORMADA. A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico, sob pena de não haver erro médico indenizável. **O consentimento informado estabelece que o médico deve dar ao paciente informações suficientes sobre o tratamento proposto. O direito de informação contém disposição expressa na Constituição Federal (art. 5º, XIV), constituindo-se num dos direitos do consumidor (art. 6º, inc. III, do CDC). Dever de informação igualmente presente no Código de Ética Médica.** Hipótese em que os documentos dos autos comprovam a existência do consentimento informado. Situação em que o profissional adotou o procedimento recomendado para a cirurgia realizada (ligadura de trompas). A lesão da alça do intestino decorreu do risco do procedimento, bem como por fatores de predisposição da própria paciente. Imperícia não verificada. Sequer é possível falar em violação a dever de cuidado objetivo. Sentença de parcial procedência reformada. Precedente da Câmara. APELO DA PARTE RÉ PROVIDO. APELO DA AUTORA PREJUDICADO. (Apelação Cível, Nº 70042026286, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em: 19-10-2011)³⁰ [grifou-se]

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

²⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

³⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70042026286**. Responsabilidade civil médico-hospitalar. Cirurgia de ligadura de trompas. Consentimento informado. Comprovação. Lesão da alça do intestino. Riscos que são previstos na literatura médica. Fatores de

Outrossim, é obrigação do médico observar e praticar o dever de cuidado, através de zelo, atenção e diligência ao caso clínico em questão, bem como com relação ao próprio paciente.³¹

Ademais, ainda na seara dos deveres do médico, destaca-se, introdutoriamente, uma vez que tal matéria será abordada em tópico próprio que, considerando a regra da obrigação do médico ser considerada de meio, ou seja, sem ficar associado a um resultado específico, é dever do profissional zelar pela saúde do paciente através dos melhores esforços possíveis.³²

Destarte, ainda de maneira introdutória, pois tal conteúdo também será perquirido de forma específica, destaca-se que os deveres do médico podem ser advindos de uma responsabilidade contratual ou extracontratual, eis que as duas possibilidades são admitidas e regidas no ordenamento jurídico brasileiro.³³

A partir dessa análise, torna-se necessário analisar os direitos e deveres atribuídos ao paciente.

3.2 DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO PACIENTE

Assim como o profissional de Medicina que no exercício da sua profissão tem o direito de gozar das suas prerrogativas, bem como o dever de cumprir com as suas obrigações, o paciente possui o mesmo paralelismo no que tange à relação jurídica atribuída.

Com relação aos direitos, torna-se, primordialmente, necessário destacar a prerrogativa do paciente de ter total acesso aos seus dados pertinentes ao atendimento médico, como prontuários, exames laboratoriais, anotações de enfermagem, entre outros.³⁴

Ainda, é pressuposto básico da relação jurídica médico-paciente o direito do contratante de ser atendido especificamente pelo profissional de Medicina que foi contratado, a partir de uma relação personalíssima, visto que caso haja substituição do médico, por motivos de força maior, este não terá direito ao recebimento dos valores acordados entre as partes.³⁵ Segundo Fabrício Matielo:

Ao contratar determinado profissional de saúde, o paciente estará resguardando para si o direito de ser atendido especificamente por aquele sobre quem recai a escolha. Afinal, forma-se um liame *intuitu personae*, cuja principal característica reside na presunção de que o vínculo somente foi constituído em razão de as partes serem

predisposição da paciente. Sentença de parcial procedência reformada. Comarca de Arroio do Meio. Apelante: Valentino Antônio Magno. Apelado: SERPLAN – Serviço de Orientação e Planejamento Familiar. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler, 19 de outubro de 2011. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70042026286&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 21 nov. 2021.

³¹ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

³² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 4-25.

³³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 5-25.

³⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

³⁵ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 49.

exatamente as que figuram no contrato, isto é, ambas contrataram em função da pessoa da outra.³⁶

De forma mais pormenorizada, destaca-se que o paciente tem o direito de filmar ou gravar os atos médicos em questão. Ademais, a partir da incidência do Código de Defesa do Consumidor, é sua prerrogativa ter ciência da realidade do tratamento que será realizado a fim de que haja o chamado consentimento informado.³⁷ Assim dispõe o artigo 6º, inciso III, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.³⁸

Ainda, a partir de uma analogia *a contrario sensu*, aplica-se a disposição do artigo 15 do Código Civil.³⁹ Segundo Cavalieri Filho:

Quem não pode ser constrangido também não pode ser enganado, nem mal-informado. A leitura que fazemos deste dispositivo é a de que todo e qualquer tratamento de risco deve ser precedido do *consentimento informado* do paciente.⁴⁰

No que tange aos deveres do paciente na relação jurídica atribuída com o profissional de Medicina, torna-se necessário destacar alguns pressupostos básicos. Primeiramente, destaca-se, considerando uma relação contratual entre as partes, o dever do paciente de remunerar o médico como forma de contraprestação ao serviço exercido.⁴¹

Ademais, é obrigação do paciente seguir as orientações médicas, bem como as prescrições feitas pelo profissional de Medicina. Tais fatores são, inclusive, pressupostos básicos da relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente, a fim de que o contrato firmado entre as partes seja perfectibilizado sem maiores obstáculos.⁴²

Dessa maneira, analisada a relação jurídica médico-paciente, bem como os direitos e deveres existentes e a incidência do Código de Defesa do Consumidor, torna-se necessário analisar pormenorizadamente a responsabilidade civil própria do profissional de Medicina.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: DEFINIÇÃO

A atividade do profissional de Medicina é extremamente delicada devido aos seus objetos de trabalho, como já comentado em tópico anterior. Por este motivo, a responsabilidade civil dos médicos possui tratamento específico no sistema normativo jurídico.

³⁶ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 48.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 04 out. 2021.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

O instituto da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro adota a teoria da culpa, também chamada de teoria subjetiva, como pressuposto, eis que no Código Civil brasileiro a responsabilidade subjetiva, na qual há necessidade de a vítima provar a culpa do autor do dano, é a regra, enquanto a responsabilidade objetiva, pautada na teoria do risco, quando não há necessidade de comprovação da culpa, é exceção.⁴³ Contudo, segundo Cavalieri Filho:

Temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, porque esse é o sistema que foi modelado ao longo do século XX pela Constituição e leis especiais, sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa prevendo a responsabilidade objetiva.⁴⁴

Dessa forma, torna-se necessário analisar o embasamento legal de tal pressuposto. Destacam-se os artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil, que preveem o instituto da responsabilidade subjetiva:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁴⁵

Outrossim, a responsabilidade objetiva é prevista no próprio artigo 927 do Código Civil em seu parágrafo único⁴⁶, dispondo que a responsabilidade objetiva, onde a obrigação de reparar o dano independe de comprovação de culpa, somente será aplicada nos casos previstos em lei.

Especificamente no que tange à responsabilidade civil do médico, como já abordado em tópico anterior, há incidência da legislação especial consumerista, em virtude da atividade do profissional de Medicina que atua como profissional liberal. Apesar do médico estar inserido na perspectiva geral do instituto da responsabilidade civil, ou seja, tendo, em regra, responsabilização subjetiva⁴⁷, ainda é necessário analisar e destacar alguns preceitos.

Primeiramente, com relação à fonte jurídica da responsabilidade civil médica, é imperioso destacar as possibilidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro: a responsabilidade de natureza contratual e de natureza extracontratual. Nesse sentido, destaca-se, introdutoriamente, a fim de compreender-se a discussão doutrinária acerca do tema, o entendimento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Apesar das regras legais que lhes atribuem diferentes conseqüências, a distinção está sendo abandonada pela moderna doutrina [...]. Caminha-se, pois, para a unificação do sistema. Porém, enquanto não houver a adaptação legal a esses novos princípios,

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 04 out. 2021.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 04 out. 2021.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

devemos admitir, para o plano expositivo, que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário.⁴⁸

Dessa forma, resta necessário analisar as possibilidades de fontes jurídicas da relação médico-paciente. A responsabilidade civil do profissional de Medicina de natureza contratual é aquela em que há prévio acordo entre as partes com relação ao tratamento, intervenção e/ou atendimento que será realizado, sendo que todas as hipóteses e especificações de adimplementos e inadimplementos estarão previstas.⁴⁹ Nessa hipótese, além da ordinária responsabilidade subjetiva, há previsão legal no ordenamento jurídico pátrio de hipótese de admissão de presunção de culpa médica em certos casos, através de uma responsabilidade objetiva, bastando ao paciente demonstrar a existência do contrato, o dano e o nexo de causalidade com a conduta do profissional.⁵⁰

Por outro lado, a responsabilidade civil médica extracontratual é aquela em que, não havendo contrato previamente estabelecido entre as partes, em virtude da situação que se instaurou a relação médico-paciente, como, por exemplo, quando o profissional encontra um ferido em via pública⁵¹, o paciente, para responsabilizar o médico por algum dano causado, deve provar a atuação imprudente, imperita ou negligente do profissional, admitindo-se apenas a responsabilidade subjetiva.⁵²

Destarte, com relação à natureza obrigacional da relação jurídica médico-paciente, a obrigação pertencente ao profissional de Medicina, enquanto atuando em benefício do seu paciente, é caracterizada como obrigação de fazer. A partir desse gênero, é possível destacar duas espécies de possíveis naturezas jurídicas contraídas pelo médico: a obrigação de meio e a obrigação de resultado.⁵³

A obrigação de meio é aquela na qual o profissional de Medicina não fica associado a um resultado esperado e/ou desejado pelo paciente, mas se compromete a agir com cuidado, atenção e diligência no caso clínico deste de acordo com os recursos disponíveis.⁵⁴ Nesse sentido, o médico contrai para si o dever de utilizar os seus melhores esforços para atingir o resultado desejado pelo paciente, contudo, não se comprometendo com a satisfação específica

⁴⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-17.

⁴⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-17.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 3-25.

⁵¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-17.

⁵² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 3-25.

⁵³ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 226.

⁵⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 2-17.

do interesse deste.⁵⁵ A responsabilidade dessa espécie obrigacional é subjetiva, visto que o paciente teria que provar a culpa do médico por negligência, imperícia ou imprudência.⁵⁶

Por outro lado, a obrigação de resultado consiste no dever do médico de realizar um fim específico do interesse do seu paciente, como, por exemplo, uma transfusão de sangue ou a realização de alguma visita médica⁵⁷, ou seja, há um comprometimento e uma associação do médico ao respectivo resultado que o paciente espera.⁵⁸ Em se tratando de obrigação de resultado, a responsabilidade do profissional de Medicina é objetiva, não havendo necessidade de comprovação de culpa, considerando que nessa espécie de vínculo, o médico assume dever específico de atingir um resultado almejado.⁵⁹

Analisados tais pressupostos, é necessário destacar e compreender os requisitos de indenização previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

5 REQUISITOS DO DEVER DE INDENIZAR NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

É consabido que no âmbito do Direito Civil no ordenamento jurídico brasileiro, para que haja indenização em alguma relação jurídica estabelecida, deve haver a existência de determinados pressupostos. Dessa forma, introduzindo tal premissa no objeto de estudo, busca-se, no presente tópico, analisar os requisitos indenizatórios presentes no instituto da responsabilidade civil médica.

Introdutoriamente, é necessário destacar que na responsabilidade civil em geral, são reconhecidos como pressupostos para fins de indenização, a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal, bem como um fator de incidência subjetivo, calcado na teoria da culpa, ou objetivo, baseado na teoria do risco.⁶⁰

No que tange ao âmbito médico, como já visto em item anterior, a legislação consumerista previu a responsabilidade subjetiva como sendo regra de responsabilização dos profissionais liberais, na qual há necessidade de comprovação de culpa. No entanto, a prova da culpa no ordenamento jurídico pátrio é complexa, necessitando-se de análise pormenorizada dos tópicos ensejadores de culpa.⁶¹

Sendo assim, para fins de exemplificação, colaciona-se o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, veja-se:

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. ALTERAÇÃO NA CONDIÇÃO DA FALA E DA RESPIRAÇÃO EM FACE DE CIRURGIA PARA CORRIGIR APNEIA DO SONO EM GRAU SEVERO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS DANOS ALEGADOS E A INTERVENÇÃO. DEVER DE INDENIZAR NÃO

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 4-25.

⁵⁶ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

⁵⁷ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 3-17.

⁵⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 4-25.

⁵⁹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 55.

⁶⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

CONFIGURADO. A responsabilização do médico por defeito na prestação do serviço implica evidência de culpa. Art. 14, § 4º, do CDC. São pressupostos da responsabilidade subjetiva: a comprovação da ocorrência do dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade entre o agir do réu e o prejuízo. "O ônus de comprovar a ocorrência dos danos e da sua relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor. Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexo causal), não houve alteração da norma de distribuição do encargo probatório do art. 333 do CPC" - lição doutrinária. Caso em que, nos termos da perícia judicial, o médico realizou o correto diagnóstico, indicou o tratamento adequado e empregou a técnica a correta à terapêutica proposta. Referência do expert oficial quanto à impossibilidade de serem relacionadas as queixas do autor com o procedimento operatório a que se submeteu. Inviabilidade de a prova testemunhal se sobrepor, apenas por si, aos achados constantes da perícia. Situação em que depoimentos colhidos em Juízo igualmente rebatem a ocorrência da situação descrita na inicial. Falta de comprovação do liame de causa entre os prejuízos alegados pelo autor e os serviços clínicos prestados pelo réu, encargo do requerente, a teor do art. 373, inc. I, do CPC. Incorreção ou omissão nos atendimentos não evidenciado. Sentença de improcedência ratificada. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.(Apelação Cível, Nº 70085157378, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em: 29-10-2021)⁶² [grifou-se]

Ressalta-se que a responsabilidade civil de cunho objetivo é tida como exceção porque, segundo Fabrício Matiello⁶³, se esta ou a própria presunção de culpa fossem consideradas como regra, haveria uma considerável insegurança jurídica nas relações médicas, visto que o profissional poderia deixar em segundo plano a preocupação de como afastar os riscos salutares do paciente da melhor forma possível.

Dessa forma, destaca-se que a culpa considerada no campo probatório da responsabilidade civil médica para fins de possível indenização é a do formato *stricto sensu*, ou seja, a partir de ato imperito, imprudente ou negligente, visto que o dolo, componente da culpa *lato sensu*, é abordado na seara criminal⁶⁴, restando necessário analisar e compreender tais fatores a partir da incidência da legislação especial no ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 ANÁLISE DO ARTIGO 14, § 4º DO CDC

O Código de Defesa do Consumidor surgiu como um grande avanço no estudo da responsabilidade civil médica, mormente porque trouxe uma previsão específica com relação aos fornecedores de serviços e aos próprios profissionais liberais como tal.

Nesse sentido, é importante destacar a exposição específica ao assunto da legislação consumerista. Assim dispõe o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor:

⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Décima Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70085157378**. Ação indenizatória. Alegação de erro médico. Alteração na condição da fala e da respiração em face de cirurgia para corrigir apneia do sono em grau severo. Inexistência de prova do nexo de causalidade entre os danos alegados e a intervenção. Dever de indenizar não configurado. Comarca de Caxias do Sul. Apelante: Marcelo Mauri. Apelado: MAPFRE Seguros. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 29 de outubro de 2021. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70085157378&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁶³ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 66.

⁶⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.

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

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.⁶⁵

Percebe-se, em análise ao dispositivo legal, que o legislador buscou prever a responsabilidade por danos causados aos consumidores por serviços prestados de forma errônea.⁶⁶ O *caput* do artigo 14 estabeleceu como sendo objetiva a responsabilidade dos fornecedores de serviços em geral, como hospitais, clínicas e demais instituições de saúde, pautada na teoria do risco, na qual não há necessidade de comprovação de culpa.⁶⁷

No entanto, o parágrafo quarto desse mesmo artigo previu de forma diversa a responsabilidade dos profissionais liberais. Segundo a sua disposição, os fornecedores de serviços autônomos apenas responderão civilmente mediante verificação de culpa, ou seja, através da responsabilidade subjetiva.⁶⁸ Destaca-se que esta modalidade excepcional de responsabilização civil que o parágrafo quarto trouxe apenas se aplica à responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, excluindo-se a pessoa jurídica na qual ele trabalhe ou, eventualmente, a sociedade em que faça parte, caracterizando uma exceção à regra da responsabilidade objetiva prevista no *caput* do artigo 14 do CDC.⁶⁹

Nesse sentido, destaca-se o entendimento da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. AESC – ASSOCIAÇÃO EDUCADORA SÃO CARLOS – MANTENEDORA DO HOSPITAL MÃE DE DEUS. NECESSIDADE DO BENEFÍCIO COMPROVADA. DEFERIMENTO. ESTABELECE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NO ARTIGO 98, QUE A PESSOA NATURAL OU JURÍDICA, BRASILEIRA OU ESTRANGEIRA, COM INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS PARA PAGAR AS CUSTAS, AS DESPESAS PROCESSUAIS E OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS TEM DIREITO À GRATUIDADE DA JUSTIÇA, NA FORMA DA LEI. CASO CONCRETO EM QUE O CONJUNTO PROBATÓRIO DEMONSTRA A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS DA AGRAVANTE, QUE SE TRATA DE INSTITUIÇÃO FILANTRÓPICA, SEM FINS LUCRATIVOS, E COMPROVOU QUE ATUALMENTE PASSA POR DIFICULDADES FINANCEIRAS. DECISÃO REFORMADA PARA CONCEDER O BENEFÍCIO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. A RELAÇÃO ENTABULADA ENTRE AS PARTES É DE CONSUMO. INCLUSIVE, A RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL É OBJETIVA E ESTÁ PREVISTA NO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ENQUANTO A DO PROFISSIONAL LIBERAL É

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

⁶⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 185.

⁶⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 11-25.

⁶⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 5-17.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

SUBJETIVA ESTÁ PREVISTA NO § 4º, DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. A PARTE AUTORA/AGRAVADA É NOTORIAMENTE HIPOSSUFICIENTE NA RELAÇÃO ENTABULADA ENTRE AS PARTES, O QUE JUSTIFICA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INCIDÊNCIA DO ART. 6º, VIII, DO CDC. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. DECISÃO MANTIDA NO PONTO EM QUE DEFERIU A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.(Agravado de Instrumento, Nº 51365299620218217000, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em: 22-10-2021)⁷⁰ [grifou-se]

Sabendo-se que a responsabilidade dos médicos liberais será, em regra, segundo as disposições supramencionadas, subjetiva, torna-se necessário analisar o conceito, a amplitude e os conceitos da culpa médica.

Caracteriza-se como culpa médica a falta de um ou mais deveres de conduta reconhecidos ao profissional de Medicina, quais sejam: perícia, prudência e diligência.⁷¹ Na prática, em eventuais demandas judiciais, cabe ao operador do Direito ponderar, de acordo com as circunstâncias fáticas, quais os cuidados necessários que caberiam ao médico no atendimento ao paciente.⁷² No entanto, é de suma importância estabelecer conceitos básicos dos três componentes da culpa no ordenamento jurídico brasileiro para compreender o ponto de partida dos julgadores, a fim de considerar ou não a existência de erro médico.

Entende-se por imperícia a falta de aptidão técnica, teórica ou prática do profissional de Medicina no exercício da atividade médica em questão. Considera-se a perícia um pressuposto indispensável ao exercício da profissão, visto que a aptidão do médico é requisito básico na prestação de serviços ao paciente.⁷³

Destarte, destaca-se que há erro escusável, e não erro médico em virtude de ato imperito, quando o profissional de Medicina, utilizando-se dos conhecimentos técnicos adequados para a situação, chega a uma conclusão falsa. Usa-se como exemplo o caso de um médico que não realiza cirurgia em tempo hábil de uma vítima de facada por não demonstrar sinais de ferimentos nas áreas atingidas em órgãos internos que, posteriormente, vem a óbito.⁷⁴

Já a imprudência, segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior, é a “falta de atenção, o descuido ou a imprevidência no exercício de uma ação perigosa, caracterizando-se, necessariamente, por uma conduta comissiva.”⁷⁵ Trata-se da desconsideração das normas do procedimento sensato, através da inobservância do dever de cautela⁷⁶, destacando-se que essa é a forma mais comum de culpa em erro médico. Ainda, considera-se um ato imprudente

⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Cível). **Agravado de Instrumento nº 51365299620218217000**. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Erro médico. Assistência Judiciária Gratuita. Pessoa Jurídica. AESC – Associação Educadora São Carlos – mantenedora do hospital Mãe de Deus. Necessidade do benefício comprovada. Deferimento [...]. Comarca de Porto Alegre. Agravante: Associação Educadora São Carlos - AESC. Agravado: Rosenara Novaes Ramos. Relator: Des. Eduardo Kraemer, 22 de outubro de 2021. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=51365299620218217000&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁷¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 13-25.

⁷² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 4-17.

⁷³ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

⁷⁴ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32.

⁷⁵ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

⁷⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 120.

quando o médico, por exemplo, executa tarefas das quais deveriam ser realizadas por auxiliares em momento crucial de uma cirurgia.⁷⁷

Por fim, caracteriza-se como negligência a inércia, omissão e falta do dever de cuidado por parte do profissional de Medicina aos deveres que a circunstâncias do quadro clínico do seu paciente exigem. Os resultados danosos ocorrem por falta de diligência do médico como, por exemplo, ao abandonar um paciente que estava sob sua responsabilidade e seus cuidados.⁷⁸

Restando destacados e compreendidos os pressupostos da culpa médica, ainda é imperioso dissertar acerca da diferença entre o próprio erro culposo do médico e a limitação do risco inerente à profissão deste.

5.2 O RISCO INERENTE À PROFISSÃO E O ERRO MÉDICO

A fim de compreender a exatidão e os limites do erro médico, bem como os seus pressupostos, é necessário conceituar o risco inerente à profissão médica e analisar os seus limites, considerando a delicadeza dos objetos de trabalho do médico, e onde começaria propriamente o estudo e análise do erro por negligência, imprudência e/ou imperícia, fatores componentes da culpa *stricto sensu*.

Em virtude das tutelas à integridade corporal presentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da garantia do direito social constitucional à saúde, o paciente tem o direito de escolher se quer se submeter ou não ao tratamento médico em questão. A partir desse pressuposto, deve-se analisar os limites obrigacionais do médico dependendo do caso concreto e da aquiescência ou não do paciente.⁷⁹

Considerando-se as peculiaridades da atividade profissional, diversos são os riscos possíveis advindos de um procedimento, tratamento ou intervenção médica, desde o agravamento de um estado de saúde até o risco de falecimento. Sendo assim, a vontade do paciente é determinante para compreender até que ponto é validado e considerado o risco inerente à profissão.⁸⁰

O norte do estudo dos riscos presentes nos mais variados procedimentos médicos se dá a partir do dever de informação do profissional de Medicina. Ao informar o seu paciente sobre a amplitude do tratamento em questão, deve o médico, de maneira detalhada e específica, esclarecer a ele todos os possíveis riscos advindos da sua intervenção. Destaca-se que essas informações, principalmente em se tratando de prognósticos, devem ser conciliadas com a necessidade de se manter a esperança positiva do paciente, sem levá-lo a um estado desesperador ou angustiante.⁸¹

Nesse sentido, estando o paciente devidamente informado acerca dos possíveis riscos no seu tratamento médico, está o profissional de Medicina protegido de maneira mais ampla dentro dos padrões legais vigentes. No entanto, salienta-se que as demais obrigações contratualmente assumidas pelo médico permanecem intactas, principalmente no que tange aos possíveis atos imperitos, imprudentes ou negligentes.⁸²

⁷⁷ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 68.

⁷⁸ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

⁷⁹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 105.

⁸⁰ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 106.

⁸¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 3-17.

⁸² MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 108.

Ademais, ressalta-se que o consentimento do paciente deve ser esclarecido, principalmente em se tratando de indicações terapêuticas ou cirúrgicas. Somente dessa maneira o paciente poderá avaliar integralmente a amplitude dos riscos e explicitar a sua aquiescência ou não.⁸³

Sendo assim, demonstrativamente, colaciona-se o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, veja-se:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PROCEDIMENTO DE LIPOASPIRAÇÃO. INTERCORRÊNCIA POSTERIOR QUE VITIMOU A PACIENTE. EPISÓDIO ALÉRGICO. INEXISTÊNCIA DE IMPRUDÊNCIA, IMPERÍCIA OU NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Atribuído ao demandado a responsabilidade pelos danos sofridos, decorrente do alegado procedimento médico que foi ministrado à familiar dos autores, que veio a óbito em decorrência de um episódio alérgico durante o procedimento de lipoaspiração, a responsabilidade civil vem regrada na legislação consumerista (art. 14, CDC), sendo de rigor a comprovação da culpa subjetiva do profissional da medicina. Na hipótese dos autos, restou comprovado que, logo após o início do procedimento, a paciente teve um quadro de rash cutâneo (aparecimento de bolinhas vermelhas na pele), sibilância (ruído respiratório fino) e dispneia (falta de ar). Imediatamente, a cirurgia foi interrompida, sendo necessário realizar as manobras de suporte à vida. Todas as manobras necessárias foram realizadas pela equipe de médicos e enfermeiros incluindo eletrochoques para desfibrilação e massagem cardíaca das 21h30min às 23h. Não obstante, devido à intensidade da reação alérgica, mesmo com todo tratamento dispensado, o quadro não foi revertido. **A prova pericial evidenciou que, em qualquer ato anestésico e cirúrgico, há o risco de alergia, pois em um curto espaço de tempo o paciente é exposto a um grande número de substâncias diversas.** Mesmo que a paciente optasse por não realizar uma cirurgia estética, no caso concreto, teria indicação terapêutica para a realização de hernioplastia, o que a teria exposto aos mesmos alérgenos. De mais a mais, restou demonstrado que não tinha como o cirurgião prever a reação alérgica sofrida pela paciente, notadamente porque ela não possuía histórico prévio de alergia. **Por outro lado, não pode prosperar, também, a alegação de falta de informação pelo facultativo, uma vez que a paciente firmou termo de consentimento livre e esclarecido para a realização do procedimento cirúrgico, manifestando sua ciência acerca dos riscos pela necessidade de emprego de anestesia.** Nessas condições, a manutenção da sentença de improcedência se impõe. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70079037768, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em: 14-11-2018)⁸⁴ [grifou-se]

Destarte, destaca-se que na impossibilidade de haver consentimento do paciente em virtude da gravidade e urgência do quadro clínico apresentado, o médico é obrigado a intervir da maneira que for necessária, visto que em caso negativo, poderá incorrer no delito de omissão de socorro. Na hipótese de o paciente estar impossibilitado de consentir ou não com a intervenção em questão, em razão do seu estado orgânico ou psíquico, o médico deve consultar

⁸³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 3-17.

⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70079037768**. Responsabilidade civil. Erro médico. Procedimento de lipoaspiração. Intercorrência posterior que vitimou a paciente. Episódio alérgico. Inexistência de imprudência, imperícia ou negligência. Ausência do dever de indenizar. Improcedência mantida. Comarca de Porto Alegre. Apelante: Luiz Ricardo Stodolni. Apelado: Dênis Souto Valente. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 14 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70079037768&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 21 nov. 2021.

os respectivos familiares deste, a fim de obter seus consentimentos acerca dos riscos inerentes à profissão médica.⁸⁵

Analisados e compreendidos os conceitos e limites do risco inerente à atividade profissional do médico, deve-se destacar o erro médico, suas hipóteses e seu campo probatório.

Inicialmente, salienta-se que há uma diferença essencial a ser compreendida antes de adentrar no tema em questão. Assim sendo, ressalta-se que há distinção entre erro profissional e culpa médica. Considera-se erro profissional o caso em que a conduta do profissional de Medicina é correta, mas a técnica aplicada é errônea, tornando possível a interpretação de um erro escusável.⁸⁶

Já a culpa médica, ou simplesmente erro médico, através da espécie conhecida como imperícia, é caracterizada quando a técnica aplicada é correta, porém a conduta empregada pelo médico é incorreta.⁸⁷ Nesse tipo de caso, em que haveria existência do objeto de estudo no presente tópico, há que se falar em responsabilização civil médica por dano, através de conduta culposa, seja ela omissiva ou comissiva, a partir de um nexo de causalidade, no exercício da profissão.⁸⁸

Conceituando-se o erro médico, o ato gerador de responsabilidade civil médica pode ser tanto omissivo, como comissivo. Entende-se por omissiva a conduta passiva do profissional de Medicina quando da realização de determinado ato no exercício da profissão, trazendo como consequência ao paciente algum dano. É o caso da negligência, já conceituada anteriormente, em que há omissão quanto aos deveres médicos que a circunstância exige.⁸⁹

Por outro lado, entende-se por ato comissivo a execução do médico de um ato capaz de gerar um dano ao paciente. Cita-se como exemplo o ato imprudente, no qual o profissional de Medicina, por descuido ou falta de atenção, realiza ação perigosa capaz de trazer malefício ao doente.⁹⁰

Com relação ao dano, um dos pressupostos caracterizadores do erro médico, considera-se o prejuízo ao paciente oriundo de uma violação de um dever jurídico de não lesar, ou seja, através da inobservância de uma norma legal. No que tange aos danos médicos, estes podem ser físicos, através de, por exemplo, uma invalidez parcial ou total do paciente, materiais, como os lucros cessantes oriundos de despesas médico-hospitalares, geralmente em virtude de algum dano físico, e morais, o que abrange, em sua grande maioria, os corriqueiros danos estéticos.⁹¹

Considerando-se que a análise da culpa médica, por imperícia, imprudência ou negligência, se deu em tópico próprio, passa-se ao estudo e compreensão do nexo de causalidade. Segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior: “É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o *damnum* verificado.”⁹² Destaca-se que, na prática, o laço causal deve ser demonstrado cristalinamente, através da relação estabelecida entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano à vítima. A título de exemplo, se o paciente sofrer um dano, mas não o evidenciar no curso da demanda judicial de forma concreta através de um liame de causalidade com a conduta do profissional de Medicina, não há que se falar em indenização por

⁸⁵ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 107.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

⁸⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 12-25.

⁸⁹ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

⁹⁰ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25.

⁹¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

⁹² CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20.

erro médico, visto que o pressuposto essencial da caracterização e demonstração do nexo de causalidade não esteve presente.⁹³

Nesse sentido, destaca-se que o Poder Judiciário brasileiro é rigoroso quanto ao ônus probatório, eis que a tendência é procurar ao máximo o afastamento de critérios arbitrários e aplicação de critérios objetivos. Destarte, ressalta-se, imperiosamente, que o magistrado deve situar sempre a norma ao caso concreto em demandas judiciais que buscam indenização de profissionais de Medicina em virtude de erro médico, considerando que, muitas vezes, a boa aplicação do julgador no que tange à distribuição do ônus da prova é o que caracteriza a postura correta deste na busca da realização e concretização da justiça, através do posto de condutor da atividade probatória.⁹⁴

Após conceituado e caracterizado o erro médico, ensejador da discussão sobre a responsabilidade civil médica, bem como os seus pressupostos, passa-se a análise de uma das especialidades que mais necessita de exploração e verificação especial e detalhada⁹⁵: a anesthesiologia.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESISTA

Diversas são as especialidades reconhecidas oficialmente no âmbito profissional da Medicina. Dentre elas, destaca-se a anesthesiologia, área funcional de extrema importância e, justamente pela sua relevância e delicadeza, necessita de uma análise apartada, considerando suas técnicas e riscos.

A anesthesiologia é uma das especialidades médicas mais complexas que existem, tanto cientificamente, em virtude da destreza necessária para atuar em tal seara, como juridicamente, em virtude da análise imprescindível em cada caso concreto e da proteção do anestesista, bem como suas possibilidades de imputação de responsabilidade civil.⁹⁶

Destaca-se que essa especialidade deve ser estudada de forma especial em virtude dos seus riscos. Além do campo de ação do anesthesiologista abranger todas as idades, da criança ao idoso, bem como a grande maioria das doenças, o que exige um conhecimento prévio extremamente amplo do profissional⁹⁷, deve o médico especializado estar preparado para todas as condições e possíveis intercorrências nocivas ao paciente que estiverem sob sua responsabilidade.⁹⁸

Antigamente, até meados de 1950, não existia profissional de Medicina especializado em anesthesiologia, isso porque essa especialidade sequer existia, tendo o próprio cirurgião que realizar todos os atos anestésicos necessários ao procedimento.⁹⁹ Contudo, através da percepção de que os atos anestésicos, além de extremamente complexos, eram essenciais para o pleno sucesso da própria intervenção médica, tornou-se necessário distinguir essa atividade do âmbito geral da Medicina. Assim, buscando-se o maior êxito e dedicação exclusiva possível do

⁹³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110.

⁹⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

⁹⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144.

⁹⁶ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 125.

⁹⁷ MORAES, Irany Novah. **Erro médico**. 2. ed. ampl. São Paulo: Santos-Maltese, 1991, p. 95.

⁹⁸ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 125.

⁹⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144.

profissional em relação aos atos anestésicos e considerando a imprescindibilidade de haver um especialista diferenciado dos demais em atuação, nasceu a anesthesiologia.¹⁰⁰

Isso posto, parte-se para a análise da responsabilidade civil própria do anestesista em caso de erro médico. Inicialmente, com relação à natureza obrigacional contraída pelo médico especializado em anesthesiologia, destaca-se que a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem por se tratar, em regra, de obrigação de meio, ou seja, sem estar o anestesista associado ao resultado especificamente desejado, e sim adstrito aos deveres médicos básicos necessários para aplicação de todos os meios apropriados e possíveis para obtenção da cura, como o dever de informação e de cuidado. Ressalta-se que, mesmo sendo ônus do paciente, nesse sentido, de provar a culpa médica em casos de erro do anestesista, o julgador pode optar pela inversão do ônus da prova, oportunidade em que a partir da alegação do paciente, como, por exemplo, de ter o anestesista atuado com imprudência, este ter de demonstrar que atuou com toda a prudência desejável e esperada.¹⁰¹

Deve-se destacar, antes de analisar e compreender os deveres clássicos do anestesista no exercício da sua intervenção médica, a classificação das fases do procedimento anestésico. São elas: fase pré-anestésica, fase de indução anestésica, fase per anestésica e fase de recuperação anestésica.

Entende-se por pré-anestésico o momento em que o quadro clínico do paciente é analisado e avaliado a fim de saber quais são os procedimentos necessários a serem aplicados. Em outras palavras, são analisadas as condições clínicas do paciente para saber a aptidão deste para realização da intervenção anestésica.¹⁰² Ressalta-se que, nessa fase, o anesthesiologista já deve ter os exames prévios das condições fisiológicas e psíquicas do paciente em mãos, bem como os seus exames de laboratório, para chegar na conclusão correta, agindo com diligência.¹⁰³

A fase de indução anestésica é aquela em que se exige atenção extrema do anestesista. Nesse momento, há concentração de anestésicos no corpo do paciente com o intuito de analisar as suas reações e efeitos adversos às drogas que estão sendo administradas, devendo o médico observar a obrigação de cuidado.¹⁰⁴

Entende-se por fase de manutenção anestésica o período próprio da intervenção médica, ocasião em que o médico especializado em anesthesiologia deve vigiar precisa e atentamente o estado clínico do paciente, bem como observar os sintomas, dos mais leves ao mais pesados, para cumprir com o dever de diligência da melhor forma possível. Deve ainda o especialista responsável verificar as reações nervosas, o ritmo de respiração e a pressão sanguínea do paciente, a fim de evitar possíveis complicações cirúrgicas, como convulsões e perturbações cardíacas ou respiratórias.¹⁰⁵

Finalmente, é caracterizada como fase de recuperação anestésica o momento em que o paciente começa a retornar às condições prévias à anestesia. Em virtude da possibilidade de haver efeitos adversos às medicações, deve o paciente repousar na sala de recuperação anestésica, onde permanecerá monitorado por uma equipe de enfermagem especializada e, claro, pelo próprio anestesista, para reagir caso haja necessidade, buscando-se evitar atos omissivos por parte deste.¹⁰⁶

¹⁰⁰ MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 125.

¹⁰¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 146.

¹⁰² MORAES, Irany Novah. **Erro médico**. 2. ed. ampl. São Paulo: Santos-Maltese, 1991, p. 96.

¹⁰³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 264.

¹⁰⁴ MORAES, Irany Novah. **Erro médico**. 2. ed. ampl. São Paulo: Santos-Maltese, 1991, p. 96.

¹⁰⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 147.

¹⁰⁶ MORAES, Irany Novah. **Erro médico**. 2. ed. ampl. São Paulo: Santos-Maltese, 1991, p. 96.

Analisados esses pressupostos, é imperioso, ainda, destacar que a responsabilidade do profissional especializado em anestesiologia pode ser imputada sob três perspectivas: o anestesista autônomo, o imposto pelo hospital e o que é integrante da equipe médico-cirúrgica.¹⁰⁷ Destarte, destaca-se que o objeto de estudo da presente pesquisa é analisar a responsabilidade civil do anestesista em caso de erro médico cometido por ato próprio, e não por erro cometido por algum integrante da equipe médica ou pelo próprio cirurgião-chefe do procedimento médico em questão. Assim sendo, resta necessário analisar as perspectivas de imputação de responsabilidade.

Com relação ao anestesista que atua como autônomo na intervenção médica, a responsabilidade deste, em regra, será exclusiva por danos a que der causa por conduta pessoal, seja qual for a fase anestésica, em virtude da sua autonomia científica em relação ao médico-chefe da equipe cirúrgica.¹⁰⁸ Salienta-se que também será o anesthesiologista autônomo responsável pelos atos dos seus auxiliares, desde que o próprio médico especializado tenha os escolhido.¹⁰⁹ Assim, dependendo do caso concreto, poderá haver imputação de culpa concorrente, através de responsabilidade solidária, entre o anestesista autônomo e o médico-chefe da equipe médica nas hipóteses em que houver comportamento culposos de ambos durante o exercício de suas atribuições no ato cirúrgico, sendo necessária a associação concreta de causas na produção do dano.¹¹⁰

No que tange à responsabilidade do anestesista integrante da equipe médica, sendo subordinado ao médico-chefe desta, ou ao anestesista imposto pelo hospital, a análise parte de um pressuposto diferente. Via de regra, nestes casos, o hospital ou o médico-chefe da equipe cirúrgica poderão responder civilmente de forma solidária quando o anestesista tiver vínculo laboral com o nosocômio, através da imputação de culpa *in eligendo*, ou for subordinado do cirurgião, respectivamente.¹¹¹ Destaca-se que na primeira hipótese, a responsabilidade do hospital seguirá sendo objetiva, como prevê o Código de Defesa do Consumidor.¹¹²

Diante disso, deve-se destacar, além da regra geral, as outras hipóteses de imputação de culpa ao anestesista em relação à equipe médica em questão, bem como as possibilidades de haver causa excludente de obrigação de indenizar no caso concreto.

6.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESISTA EM RELAÇÃO À EQUIPE MÉDICA E AS POSSÍVEIS CAUSAS EXCLUDENTES DA OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA

Como perquirido anteriormente, há diversas perspectivas de imputação de obrigação indenizatória. Restando essas analisadas e caracterizadas, deve-se compreender como se caracteriza a responsabilidade civil do anestesista em caso de erro médico por ato próprio perante a equipe médica presente na respectiva intervenção jurídica de forma geral, de acordo com o período anestésico existente.

¹⁰⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

¹⁰⁸ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 125.

¹⁰⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

¹¹⁰ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 125.

¹¹¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

¹¹² MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 125.

Em se tratando de erro médico do anestesista por ato próprio ocorrido na fase pré-anestésica, momento em que há toda a preparação técnica do paciente para o procedimento em questão, a responsabilidade do especialista será tratada exclusivamente, de forma individual. O mesmo ocorre se o erro ocorrer na fase de recuperação anestésica, também chamada de pós-operatório, onde o paciente deve ser constantemente observado e monitorado pelo médico anesthesiologista.¹¹³

Todavia, quando o erro médico ocorrer durante a fase de manutenção anestésica, ou simplesmente fase propriamente operatória, apenas a aferição do caso concreto enunciará qual será a obrigação e perspectiva de possibilidade de imputação de culpa entre os presentes na sala de operação. Isso porque, nesse momento, as competências dos médicos atuantes no quadro fático convergem e se interferem, dificultando consideravelmente o processo de imputação exclusiva de responsabilidade. Nesse sentido, surge a possibilidade de haver culpa concorrente, através da responsabilidade solidária, entre anestesista e o médico-chefe da equipe médica, considerando que os demais integrantes desta, em regra, são subordinados do cirurgião. Ressalta-se que apenas através de análise pormenorizada do caso concreto é possível chegar à conclusão justa e adequada de imputação de culpa, observados os demais pressupostos da responsabilidade civil médica.¹¹⁴

Destarte, existem no ordenamento jurídico brasileiro hipóteses de causas excludentes de obrigação indenizatória nesta seara, o que se deve analisar. Além da comprovação de ausência de imperícia, imprudência ou negligência, fatores componentes da culpa *stricto sensu*, o que já foi perquirido em tópico próprio, há três possibilidades de exclusão da obrigação de indenizar por parte do médico em virtude do rompimento do nexo causal, quais sejam: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e fato de terceiro, não imputável ao profissional de Medicina.¹¹⁵

Entende-se por culpa exclusiva da vítima o fato em que o paciente, adequando tal conceito ao objeto de pesquisa, dá causa integralmente ao dano ocorrido. Nessa hipótese, não há obrigação de indenizar por parte do anesthesiologista. Todavia, se a culpa da vítima não é exclusiva, e sim parcial, haverá culpa concorrente, ocasião em que será necessário liquidar o dano para calcular proporcionalmente a participação de cada um para fins indenizatórios, nos termos do artigo 945 do Código Civil.¹¹⁶

Considera-se caso fortuito a produção de dano por circunstância imprevisível pelo especialista em anestesia, bem como inevitável, caso em que não haverá obrigação indenizatória por parte deste. Considera-se como inevitável ou imprevisível o fato que, dadas as circunstâncias do caso, não poderia ser previsto ou superado pelo médico. Destaca-se que a aferição da existência de caso fortuito só é possível através de análise pormenorizada do caso concreto, considerando o aparelhamento disponível no tratamento, bem como os meios possíveis de serem utilizados dentro da ideia do dever de diligência, conforme previsão do artigo 393 do Código Civil.¹¹⁷

¹¹³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

¹¹⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

¹¹⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

¹¹⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

Por fim, entende-se por fato de terceiro o dano ocasionado por agente diverso do médico anesthesiologista e do seu paciente, o que, nesse sentido, afastaria a obrigação indenizatória do médico.¹¹⁸

Assim sendo, restando analisada detalhadamente a responsabilidade civil do anestesista perante a equipe médica em questão, bem como as causas de exclusão de obrigação indenizatória aplicável nesta seara, deve-se adequar a teoria à prática através da análise do entendimento jurisprudencial brasileiro acerca da matéria.

7 COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.014 – SP

Tratando-se de estudo e pesquisa da responsabilidade civil médica, em especial no que tange à anesthesiologia, é de suma importância deixar o campo puramente teórico e passar a analisar a aplicação das diretrizes doutrinárias, a fim de compreender se a teoria é concretamente aplicada no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, busca-se analisar e tecer comentários acerca do Recurso Especial nº 1.790.014 – SP, entendimento jurisprudencial de extrema relevância no Poder Judiciário brasileiro com relação à responsabilidade civil do anestesista em caso de erro médico. Destaca-se a ementa de tal julgamento:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. 2. ERRO MÉDICO COMETIDO EXCLUSIVAMENTE PELO ANESTESISTA, QUE NÃO FAZ PARTE DO POLO PASSIVO. RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO CIRURGIÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO PACIFICADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP 605.435/RJ. 3. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional, pois todas as alegações formuladas no recurso de apelação interposto pelo ora recorrente foram devidamente analisadas pelo Tribunal de Justiça.

2. O acórdão recorrido está em manifesta dissonância com o entendimento pacificado na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, que, por ocasião do julgamento do ERESP 605.435/RJ, entendeu que o médico cirurgião, ainda que se trate de chefe de equipe, não pode ser responsabilizado por erro médico cometido exclusivamente pelo médico anestesista, como ocorrido na hipótese.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1790014/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 10/06/2021).¹¹⁹

Em análise ao julgado, percebe-se a perfeita aplicação prática dos preceitos abordados e compreendidos no presente artigo. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo cirurgião-chefe de um procedimento cirúrgico de cunho estético de redução de mamas. Na ocasião, a paciente apresentou complicações respiratórias na fase de recuperação anestésica.

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.790.014 SP**. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Erro médico cometido exclusivamente pelo anestesista, que não faz parte do polo passivo. Responsabilização do médico cirurgião. Impossibilidade [...]. Recorrente: Roberto Tristão Paiva. Recorrido: Osvaldo Pedrozo. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 11 de maio de 2021.

Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801807777&dt_publicacao=10/06/2021. Acesso em: 17 out. 2021.

Posteriormente, constatou-se na perícia técnica realizada na instrução do processo instaurado originariamente, que houve negligência por parte do anestesista, eis que somente compareceu à sala de recuperação anestésica para realizar o atendimento das instabilidades respiratórias da paciente 02 horas e 43 minutos após o desencadeamento do quadro clínico, ocasionando-a graves lesões neurológicas e permanência no chamado estado de vida vegetativa.

Nesse sentido, o julgador de primeira instância concluiu pela existência de obrigação de indenizar à paciente apenas por parte do anestesista, eis que o evento danoso se deu exclusivamente por sua negligência na fase de recuperação anestésica, excluindo o médico-chefe da equipe médica de qualquer imputação de culpa.

No entanto, o Tribunal de origem reformou a sentença do julgador de primeiro grau, sob o fundamento de que o cirurgião-chefe escolheu o anestesista para fazer parte do procedimento e, portanto, deveria responder solidariamente pelo evento danoso, através da culpa *in eligendo*, visto que a paciente obteve relação jurídica contratual apenas com o cirurgião-chefe.

Contudo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial interposto pelo médico-chefe da equipe médica, eis que irredutível com a decisão do Tribunal de origem, decidiu por reformar o acórdão recorrido, em julgamento sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Os Ministros entenderam, por maioria, dar provimento ao Recurso Especial interposto pelo cirurgião-chefe, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze. Na lavratura do acórdão, constatou-se a dissonância do acórdão recorrido com precedente específico da Corte Superior, no sentido de reconhecer que em caso de erro médico do anestesista por ato próprio, em virtude da autonomia da especialidade médica, deve-se afastar a possibilidade de haver condenação solidária do médico-chefe da equipe médica. Assim é consolidado o precedente citado, fruto dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 605.435 – RJ:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E CONSUMIDOR. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS CIRURGIÃO E ANESTESISTA. CULPA DE PROFISSIONAL LIBERAL (CDC, ART. 14, § 4º).

RESPONSABILIDADE PESSOAL E SUBJETIVA. PREDOMINÂNCIA DA AUTONOMIA DO ANESTESISTA, DURANTE A CIRURGIA. SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADAS.

1. Não se conhece dos embargos de divergência apresentados pela Clínica, pois: (I) ausente o necessário cotejo analítico entre os acórdãos embargado e paradigma, para fins de comprovação da divergência pretoriana (RISTJ, arts. 255, §§ 1º e 2º, e 266, § 1º); e (II) o dissídio apontado baseia-se em regra técnica de conhecimento do recurso especial.

2. Comprovado o dissídio pretoriano nos embargos de divergência opostos pelo médico cirurgião, devem ser conhecidos.

3. **A divergência cinge-se ao reconhecimento, ou afastamento, da responsabilidade solidária e objetiva (CDC, art. 14, caput) do médico-cirurgião, chefe da equipe que realiza o ato cirúrgico, por danos causados ao paciente em decorrência de erro médico cometido exclusivamente pelo médico-anestesista.**

4. Na Medicina moderna a operação cirúrgica não pode ser compreendida apenas em seu aspecto unitário, pois frequentemente nela interferem múltiplas especialidades médicas. Nesse contexto, **normalmente só caberá a responsabilização solidária e objetiva do cirurgião-chefe da equipe médica quando o causador do dano for profissional que atue sob predominante subordinação àquele.**

5. No caso de médico anestesista, em razão de sua capacitação especializada e de suas funções específicas durante a cirurgia, age com acentuada autonomia, segundo técnicas médico-científicas que domina e suas convicções e decisões pessoais, assumindo, assim, responsabilidades próprias, segregadas, dentro da equipe médica. **Destarte, se o dano ao paciente advém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesista, no exercício de seu mister, este responde individualmente pelo evento.**

6. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, caput, prevê a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço ou nas informações prestadas - fato do serviço. Todavia, no § 4º do mesmo artigo, excepciona a regra, consagrando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesista, por erro médico deste último durante a cirurgia.

7. No caso vertente, com base na análise do contexto fático-probatório dos autos, o colendo Tribunal de Justiça afastou a culpa do médico-cirurgião - chefe da equipe -, reconhecendo a culpa exclusiva, com base em imperícia, do anestesista.

8. Embargos de divergência da Clínica não conhecidos.

9. Embargos de divergência do médico cirurgião conhecidos e providos.

(EResp 605.435/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/09/2011, DJe 28/11/2012).¹²⁰ [grifou-se]

Dessa forma, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu por afastar a responsabilidade solidária do cirurgião-chefe, em virtude da culpa *in eligendo*, considerando o erro exclusivo e a compreensão técnica do anestesista de forma autônoma.

Em suma, percebe-se, em análise pormenorizada dos aspectos levantados no julgamento do Recurso Especial nº 1.790.014 – SP, bem como dos fundamentos da decisão dos Embargos de Divergência em Recurso Especial, a plena adequação da teoria à prática no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo-se que essa compreensão sempre será necessária para entender a concreta aplicação doutrinária dos julgadores.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise realizada acerca da matéria, conclui-se que a responsabilidade civil médica é um instituto que necessita de extrema atenção no âmbito jurídico brasileiro, especificamente no que tange à possibilidade de imputação de culpa ao médico especializado em anestesiologia no exercício de suas funções, em virtude da delicadeza do objeto de trabalho médico, bem como das possíveis consequências negativas que podem ocorrer ao paciente a partir de uma intervenção médica.

Os objetos de trabalho do profissional de Medicina são a vida e a saúde, dois direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Em razão disso, torna-se necessário tratar da responsabilidade civil médica com um olhar especial, a fim de compreender os pressupostos de imputação de culpa nessa seara, bem como os seus limites.

Destaca-se que, sendo o médico um fornecedor de serviços ao paciente, há incidência da legislação consumerista positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 8.078/1990. Apesar do *caput* do artigo 14 desse diploma legal prever que os fornecedores de serviços em geral responderão objetivamente por danos eventualmente causados, o parágrafo 4º do mesmo artigo dispõe que a responsabilidade dos fornecedores de serviços que trabalham como profissionais liberais, incluindo os médicos, será mediante verificação de culpa, através da responsabilidade subjetiva.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 605.435 RJ**. Erro médico. Responsabilidade dos médicos cirurgião e anestesista. Culpa do profissional liberal (CDC, art. 14, §4º). Responsabilidade pessoal e subjetiva. Predominância da autonomia do anestesista, durante a cirurgia. Solidariedade e responsabilidade objetiva afastadas. Embargante: Roberto Debs Bicudo. Embargado: Celso do Nascimento e cônjuge. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 14 de setembro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100414220&dt_publicacao=28/11/2012. Acesso em: 17 out. 2021.

Ademais, partindo para a análise direta da relação jurídica estabelecida entre o profissional de Medicina e o seu paciente, conclui-se que ambos possuem direitos e deveres a serem postos em prática.

Com relação ao médico, destacam-se os deveres de informação, visto que o profissional de Medicina deve ser totalmente transparente com o paciente acerca dos riscos do procedimento em questão, e de cuidado, eis que deve o médico primar pela diligência e atenção com quem procurou os seus serviços, bem como o dever de zelar pela saúde do paciente através dos melhores esforços possíveis.

No que tange ao paciente, ressalta-se que este tem o direito de ter acesso a todos os dados médicos relativos ao seu procedimento, bem como de ser atendido especificamente pelo médico que contratou. Ainda, possui o dever de remunerar o médico na forma que foi contratado, bem como de seguir todas as orientações médicas do profissional para o pleno sucesso do tratamento médico em questão.

Partindo especificamente para o instituto da responsabilidade civil, destaca-se que esta, no ordenamento jurídico brasileiro, é pautada na teoria da culpa, ou seja, quando há necessidade de o ofendido provar a negligência, imperícia ou imprudência do agente, sendo a responsabilidade objetiva, aquela em que não há necessidade de comprovação de culpa, tratada como exceção.

Com relação às atribuições do médico, este possui, em regra, responsabilidade subjetiva, destacando-se que a fonte jurídica da sua relação com o paciente pode se dar de duas formas distintas: a de natureza contratual, em que há prévio acordo entre as partes para a realização da intervenção médica em questão, estando todas as hipóteses de adimplemento e inadimplemento expressamente previstas, e a de natureza extracontratual, cuja responsabilidade do médico não advém de prévio contrato, em virtude da relação singular entre o profissional de Medicina e o seu paciente.

No que tange à natureza obrigacional da relação jurídica médico-paciente, essa também possui duas possibilidades: a obrigação de meio contraída pelo profissional de Medicina, em que este não fica adstrito ao resultado desejado pelo paciente, mas deve agir com diligência e cuidado através da utilização de todos os meios cabíveis para o alcance de tal fim, e a obrigação de resultado, tratada como exceção, onde o médico fica associado ao resultado desejado, a depender do caso concreto.

Ainda, ressalta-se, imperiosamente, que para que haja dever de indenizar por parte do médico na relação atribuída com o seu paciente, deve ser observada a existência, no caso concreto, de uma ação ou omissão danosa através de um nexo de causalidade. Destaca-se que o resultado danoso pode advir de um fator de incidência objetivo, baseado na teoria do risco, ou de um fator de incidência subjetivo, através da teoria da culpa.

Observa-se que, na prática, a prova da culpa é extremamente complicada, eis que depende de análise pormenorizada do caso em questão, bem como sempre deve ser relevado o risco inerente da profissão médica.

Especificamente com relação ao anestesista, essa análise se torna ainda mais complicada e delicada, visto que a especialidade em comento possui diversas peculiaridades. Trata-se a anestesiologia de uma seara que dita o estado de saúde do paciente antes, durante e até mesmo após um procedimento cirúrgico. Uma anestesia mal aplicada ou um profissional de anestesiologia que age com imperícia, imprudência ou negligência, pode ocasionar lesões das mais simples ao paciente, como sequelas físicas ou neurológicas, até as mais trágicas, como a morte deste. Tal motivo justifica, por si só, a relevância do estudo apartado da anestesiologia sob a ótica jurídica.

A doutrina e jurisprudência majoritárias entendem por ser a responsabilidade civil do anestesista, em regra, enquadrada em uma natureza obrigacional de meio, através da utilização de todos os métodos cabíveis e possíveis para a obtenção do resultado esperado pelo paciente,

mas sem ficar associado a este. Existem quatro fases durante o procedimento anestésico: a fase pré-anestésica, momento em que o paciente é preparado para o procedimento médico em questão, a fase de indução anestésica, oportunidade em que os primeiros anestésicos são inseridos no corpo do paciente para que o médico entenda e observe as reações do corpo humano, a fase de manutenção anestésica, instante em que é realizada a intervenção cirúrgica e o anestesiológista deve permanecer observando o quadro clínico do doente e, por fim, a fase de recuperação anestésica, na qual o paciente se recupera do procedimento realizado.

Via de regra, sendo o anestesiológista profissional autônomo com relação à equipe médica do procedimento cirúrgico, responderá o especialista exclusivamente por danos causados ao paciente, desde que comprovada sua imperícia, imprudência ou negligência.

Destarte, se o profissional especialista for integrante da equipe médica, a análise se torna mais complexa, devendo-se observar pormenorizadamente o caso concreto. Sendo o erro cometido na fase pré-anestésica ou na fase de recuperação anestésica, a responsabilidade do anestesista será exclusiva em virtude da autonomia técnica da especialidade. Todavia, se o profissional especialista cometer um erro médico durante o procedimento cirúrgico, ou seja, na fase de manutenção anestésica, poderá haver responsabilidade solidária entre o anestesiológista e o cirurgião-chefe da equipe médica dependendo da relação de subordinação atribuída entre ambos.

Por fim, através da análise ao julgamento do Recurso Especial nº 1.790.014 – SP, conclui-se pela perfeita aplicação da teoria doutrinária à prática e que, apesar da existência de diversos pressupostos da responsabilidade civil médica, em especial no que tange ao anestesiológista, o caso concreto sempre deverá ser analisado com cautela para se chegar na solução jurídica mais adequada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 507-541, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 605.435 RJ**. Erro médico. Responsabilidade dos médicos cirurgião e anestesista. Culpa do profissional liberal (CDC, art. 14, §4º). Responsabilidade pessoal e subjetiva. Predominância da autonomia do anestesista, durante a cirurgia. Solidariedade e responsabilidade objetiva afastadas. Embargante: Roberto Debs Bicudo. Embargado: Celso do Nascimento e cônjuge. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 14 de setembro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100414220&dt_publicacao=28/11/2012. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.790.014 SP**. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Erro médico cometido exclusivamente pelo anestesista, que não faz parte do polo passivo. Responsabilização do médico cirurgião.

Impossibilidade [...]. Recorrente: Roberto Tristão Paiva. Recorrido: Osvaldo Pedrozo. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 11 de maio de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801807777&dt_publicacao=10/06/2021. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BÜHRING, Marcia Andrea. **Mobilidade, fronteiras & direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: CFM, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, [São Paulo], v. 05, p. 677-724, out. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico**. 2. ed. ampl. São Paulo: Santos-Maltese, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Décima Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70085157378**. Ação indenizatória. Alegação de erro médico. Alteração na condição da fala e da respiração em face de cirurgia para corrigir apneia do sono em grau severo. Inexistência de prova do nexo de causalidade entre os danos alegados e a intervenção. Dever de indenizar não configurado. Comarca de Caxias do Sul. Apelante: Marcelo Mauri. Apelado: MAPFRE Seguros. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 29 de outubro de 2021. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70085157378&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 21 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 51365299620218217000**. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Erro médico. Assistência Judiciária Gratuita. Pessoa Jurídica. AESC – Associação Educadora São Carlos – mantenedora do hospital Mãe de Deus. Necessidade do benefício comprovada. Deferimento [...]. Comarca de Porto Alegre. Agravante: Associação Educadora São Carlos - AESC. Agravado: Rosenara Novaes Ramos. Relator: Des. Eduardo Kraemer, 22 de outubro de 2021. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=51365299620218217000&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 21 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70042026286**. Responsabilidade civil médico-hospitalar. Cirurgia de ligadura de trompas. Consentimento informado. Comprovação. Lesão da alça do intestino. Riscos que são previstos na literatura médica. Fatores de predisposição da paciente. Sentença de parcial procedência reformada. Comarca de Arroio do Meio. Apelante: Valentino Antônio Magno. Apelado: SERPLAN – Serviço de Orientação e Planejamento Familiar. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler, 19 de outubro de 2011. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70042026286&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 21 nov. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70079037768**. Responsabilidade civil. Erro médico. Procedimento de lipoaspiração. Intercorrência posterior que vitimou a paciente. Episódio alérgico. Inexistência de imprudência, imperícia ou negligência. Ausência do dever de indenizar. Improcedência mantida. Comarca de Porto Alegre. Apelante: Luiz Ricardo Stodolni. Apelado: Dênis Souto Valente. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 14 de novembro de 2018. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700

00&num_processo_mask=&num_processo=70079037768&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 21 nov. 2021.