

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

BERNADETE PINHEIRO DE OLIVEIRA FERNANDES NETA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

SOUSA

2013

BERNADETE PINHEIRO DE OLIVEIRA FERNANDES NETA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos

SOUSA

2013

BERNADETE PINHEIRO DE OLIVEIRA FERNANDES NETA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: ___/___/_____

Orientador: Prof. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos

Examinador Interno: André Gomes Alves

Examinador Externo: Osmando Formiga Ney

Dedico a Deus o meu louvor, agradecimento e adoração por esta conquista. E este trabalho dedico a minha amada mãe Lúcia e as minhas preciosas irmãs Lucypaula e Luberna, por todo amor, cuidado, mimos, proteção e dedicação para comigo e por toda confiança em mim depositada.

AGRADECIMENTOS

Foi com a ajuda, coragem, força e sabedoria vinda de Deus que eu consegui começar, continuar e concluir este trabalho de conclusão de curso. Por isto: “Bendize, ó minha alma, ao SENHOR, e não te esqueças de nenhum de seus benefícios”. Salmos 103:2. Agradeço a Deus pelas vitórias! Obrigada Jesus!

Minha valiosa mamãe, obrigada pelo amor, cuidado e proteção. Obrigada por ter me proporcionado a oportunidade de estudar e de concluir o curso de Direito. Dentre muitos outros benefícios que a senhora tem me proporcionado. Mainha, eu te amo! A minha querida irmã, Lucypaula, obrigada pela ajuda que foi relevante e indispensável para a produção deste trabalho, além de todo amor, apoio e preocupação. Agradeço a minha querida irmã Luberna, pelo carinho, cuidado e ajuda de sempre. A minha querida tia Olindina, por fazer parte da minha vida de forma especial. A minha linda e estimada sobrinha, Ludmylla, pelo amor verdadeiro transmitido pelos gestos e palavras. Agradeço por tornarem a minha vida mais prazerosa e significativa, e os meus dias mais felizes e ditosos. Amo a todas vocês incondicionalmente. Louvo e agradeço a Deus por tê-las como minha amada família.

Agradeço a você meu amor, Cristiano, por sempre acreditar em mim e por me fazer acreditar em mim mesmo. Mesmo longe, sempre estava perto, compartilhando comigo os momentos de incertezas e desânimos que me rodeava, mas sempre com palavras de fé em Deus e de esperança você me ajudava. Amo-te, meu amor.

Ricardo, meu cunhado-irmão, obrigada pelos incontáveis favores e ajuda.

Agradeço a todos os meus familiares: tios, tias, primos, primas, padrasto e cunhados; enfim, a todos que a mim se ligam por laços de parentesco ou de afeição.

A amizade é uma dádiva de Deus, por isso, agradeço o afeto de sempre, Cristiana e Edivânia. Dayalla e Érica vocês se tornaram especiais. Grata por tudo!

Foi gratificante conhecer vocês: Aldara, Mariana e Rhayssa. Agradeço a ajuda, o carinho e a amizade de todos os amigos que verdadeiramente me apoiaram durante esta caminhada. Agradeço as orações dos irmãos em Cristo. Obrigada!

Agradeço aos meus professores que colaboraram para o meu processo de aprendizagem. Agradeço a Olindina Ioná, minha orientadora, pela imprescindível ajuda para que eu conseguisse elaborar este trabalho. Agradeço a orientação.

“A justiça é a saúde do organismo social, enquanto a medicina é o equilíbrio biológico do ser ou não ser. Há que se ter em mente, com clareza, o papel social do Direito e da Medicina; aquele como reparador dos males sociais, doenças da fratura do tecido social, enquanto esta reparadora dos males orgânicos”.

Julio Cesar Meirelles Gomes

RESUMO

O exercício da arte da medicina não é algo novo, desde os primórdios se buscava a manutenção da vida, mesmo sem o conhecimento que existe hoje. Longo foi o período necessário para que hoje desfrutássemos de uma ciência médica. Junto com a criação e evolução desta ciência, também houve o surgimento e desenvolvimento da responsabilidade daqueles que exercem a grandiosa profissão médica. Devido à importância do tema responsabilidade civil por erro médico tanto para a sociedade como para o mundo jurídico, pretendeu-se abordar doutrinariamente e jurisprudencialmente o que a caracteriza e a identifica. Objetivou-se, pois, examinar o que caracteriza o erro médico e quais seus reflexos no âmbito da responsabilidade civil, além de buscar mostrar qual tem sido o entendimento dos tribunais atualmente acerca do tema em estudo. Para a elaboração deste trabalho foi adotado o método de abordagem dedutivo; com relação ao método de procedimento, foi seguido o histórico e o monográfico; já com relação à técnica de pesquisa, utilizada foi a indireta, através da pesquisa bibliográfica, pois foram utilizadas e analisadas obras de vários autores, artigos científicos, leis e jurisprudências a respeito do tema responsabilidade civil por erro médico. Através do estudo doutrinário o erro médico foi analisado dentro da vertente de responsabilidade civil, ficando constatado que nas relações médico-paciente se aplica a teoria subjetiva, onde para que ocorra a obrigação de reparação do dano, deve-se comprovar a culpa do profissional médico em sentido estrito, ou seja, na modalidade de negligência, imprudência e imperícia. Demonstrando também que a responsabilidade civil médica possui natureza contratual. Através do estudo dos artigos do atual Código Civil procurou-se demonstrar como é feito a reparação do dano decorrente de erro médico. Rematando que ocorrerá a responsabilidade civil por erro médico quando ficar devidamente comprovado que o médico agiu mediante a culpa em sentido estrito.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro médico. Culpa.

ABSTRACT

The exercise of the art of medicine is not new, since the early days was sought to sustain life, even without the knowledge that exists today. Long was the period required for today we could enjoy a medical science. Along with the creation and evolution of this science, there was also the emergence and development of accountability of those who exercise great medical profession. Due to the importance of the topic malpractice liability both for society and for the legal world, it was intended to address what characterizes and identifies in terms of doctrine and jurisprudence. The aim is therefore to examine what characterizes the malpractice and what its consequences under civil liability, in addition to seeking to show what has been the understanding of the courts on the subject currently under study. To prepare this work we adopted the method of deductive approach, with respect to the method of procedure was followed and the historical monograph; already regarding a research technique used was indirect, through literature, they have been used and analyzed works of various authors, papers, laws and jurisprudence on the subject liability for malpractice. By studying the doctrinal error was analyzed within the medical aspect of liability, found that getting in doctor-patient relationships apply the subjective theory, where it occurs for the obligation to repair the damage, you must prove the guilt of the medical professional in the strict sense, in other words, in the form of negligence, recklessness and incompetence. Also demonstrating that the medical liability has contractual nature. Through the study of the current articles of the Civil Code aimed to show how it is done to repair the harm caused by medical error, showing that happen civil liability for malpractice when staying duly established that the doctor acted upon guilt in the strict sense.

Keywords: Liability. Medical malpractice. Guilt.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 HISTÓRICO, CONCEITO E TIPOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	17
2.3 TIPOS DE RESPONSABILIDADE.....	18
2.3.1 Responsabilidade civil e penal	19
2.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	20
2.3.3 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.....	21
2.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	24
2.4.1 Ação ou omissão.....	24
2.4.2 Culpa	27
2.4.3 Nexo de causalidade	29
2.4.4 O dano.....	30
3 ERRO MÉDICO E RESPONSABILIDADE CIVIL	34
3.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	34
3.2 A ARTE DA MEDICINA	37
3.2.1 Conceito da profissão médica	38
3.2.2 Deveres do médico.....	39
3.2.3 Direitos dos pacientes	40
3.3 CONCEITO E ANÁLISE DO ERRO MÉDICO	43
3.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	45
3.4.1 Responsabilidade civil médica contratual e extracontratual	46
3.4.2 Responsabilidade civil médica subjetiva e objetiva	48
3.5 ANÁLISE DA REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DO ERRO MÉDICO ...	50

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO E O SEU TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL	54
4.1 O PARECER DO PROCURADOR DUPIN	54
4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DAS SEGUINTE MATÉRIAS: ERRO MÉDICO, CULPA, NEXO CAUSAL, NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA, ERRO PROFISSIONAL, ÔNUS DA PROVA E O DEVER DE INFORMAÇÃO	56
4.2.1 Entendimento jurisprudencial acerca do erro médico.....	56
4.2.2 Entendimento jurisprudencial acerca da culpa	58
4.2.3 Entendimento jurisprudencial acerca do nexo causal.....	60
4.2.4 Entendimento jurisprudencial acerca da natureza da responsabilidade civil médica.....	63
4.2.6 Entendimento jurisprudencial e a inversão do ônus da prova	65
4.2.7 Entendimento jurisprudencial e o dever de informação	66
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Como pessoas, somos todos capazes de adquirir direitos e contrair deveres. Ao procurarmos e ao utilizarmos determinados serviços prestados por pessoas jurídicas ou mesmo por profissionais autônomos confiamos que o serviço seja prestado de forma correta e que atinja sua finalidade. Quando cumprimos nossos deveres quanto ao compromisso de seguir as normas referentes aos serviços prestados por tais empresas ou também quando seguimos corretamente as orientações dos profissionais liberais estamos cumprindo nossos deveres, caso falte o compromisso e a responsabilidade por parte de tais profissionais, temos o direito de buscar, até mesmo judicialmente a efetivação de nossos direitos.

Um dos serviços que constantemente temos buscado é o serviço médico. Somos sujeitos a doenças e com isso somos levados a procurar atendimento, socorro e cura juntamente com os profissionais da área de Medicina. Os médicos são profissionais habilitados para exercerem essa profissão que é admirada e respeitada por toda a sociedade. Diante de toda a evolução científica e do avanço tecnológico se percebe que o profissional, principalmente na área de medicina, possui meios, técnicas e equipamentos que proporcionam uma melhor realização de sua atividade. Com isso, somos levados a confiar cada vez mais na capacidade e no trabalho dos médicos.

Na maioria das vezes nossas expectativas são realmente atingidas, e temos o resultado que almejamos, a dor passa, a cirurgia é bem sucedida, a saúde é restabelecida e ocorre a cura. Mas, às vezes, o resultado almejado não é alcançado mesmo com todo o esforço por parte do médico. Há uma compreensão por parte de todos que o resultado não poderá ser a ninguém imputado, visto que, neste caso realmente ninguém teve culpa. Lembrando que a medicina, diferentemente de outras ciências, não é exata.

Porém existem situações em que o médico na sua atuação age com imprudência, negligência, imperícia ou até mesmo com dolo. Diante disso se observa que o resultado não foi alcançado ou o mal resultado foi alcançado devido à má atuação do médico. Podemos apontar o culpado e mais, temos o direito de

buscar a reparação e todas as medidas reparadoras possíveis e cabíveis para este tipo de situação.

Diante disto, teremos a responsabilidade civil quando ficar provado o erro médico mediante comprovação da culpa. Pois, não podemos responsabilizar sem provas e fundamentos jurídicos profissionais que são importantes e imprescindíveis quando o tema tratado é saúde. Como também, não podemos deixar de maneira alguma desamparado o paciente quando este passa a ter o seu direito a vida digna e saudável violado, ou até mesmo quando tem a vida ceifada por resultado de um erro médico.

Devido a um aumento nos tribunais de demandas que buscam a reparação do erro decorrentes da atividade profissional do médico se verifica a importância de se estudar e de buscar entender melhor e com mais profundidade em quais situações será possível afirmar que ocorreu um erro médico.

Indiscutível é a relevância deste tema para toda a sociedade. Existem pessoas que constantemente tem se deparado com situações que envolvem o erro médico e não sabem como se posicionar, ficando às vezes prejudicados. Então, devido a sua real presença em nossos dias é que delimitamos o tema Responsabilidade civil por erro médico como tema de nosso estudo e trabalho. Tendo como propósito tentar esclarecer e explicar de forma simples e atual para que todos possam compreender o que caracteriza a responsabilidade civil por erro médico, e com isso, haja o repasse de informações quanto ao tema, tornando a sociedade mais bem informada. Este estudo doutrinário e jurisprudencial servirá como esclarecimento para todos, procurando destacar em quais situações será juridicamente possível procurar o judiciário em busca da reparação de algum dano ou da efetivação de um direito quando envolver erro médico. Servirá também como fonte de pesquisa para os estudiosos e aplicadores do direito, tendo em vista que na elaboração do presente trabalho serão utilizadas obras de vários autores, legislações pertinentes ao tema, além da análise de jurisprudências.

Tendo como base a justaposição dos artigos 186, 187 e 927 do nosso Código Civil que tratam da responsabilidade civil e versam sobre a reparação do dano moral e patrimonial ocorrido por ação ou omissão, por ato lícito ou ilícito, por culpa ou por previsão legal. Como também os artigos 948, 949, 950 e 951 os quais regulam a responsabilidade civil dos que exercem atividade profissional incluído está a responsabilidade civil decorrente de erro médico. Estes dispositivos, além da

pesquisa em doutrinas e jurisprudências que tratam deste assunto, mostram a inquestionável importância deste trabalho e conseqüentemente a sua viabilidade.

O presente estudo monográfico possui como objetivo geral examinar, analisar doutrinariamente e jurisprudencialmente em quais situações poderão ser o profissional médico responsabilizado civilmente por um erro advindo de sua atividade profissional. E como objetivos específicos analisar o conceito de responsabilidade civil, as modalidades de responsabilidade, os pressupostos da responsabilidade civil e em quais situações ocorrerá sua exclusão; examinar o que caracteriza o erro médico e quais seus reflexos no âmbito da responsabilidade civil; mostrar qual tem sido o entendimento dos tribunais atualmente acerca do tema responsabilidade civil por erro médico.

Quanto à metodologia, será adotado o método de abordagem dedutivo, o qual tem o propósito de explicitar o conteúdo das premissas, pois parte do geral para se chegar às particularidades. O método de procedimento seguido será o histórico e o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada será a indireta, através da pesquisa bibliográfica, pois serão utilizadas e analisadas obras de vários autores, artigos científicos, leis e jurisprudências a respeito do tema responsabilidade civil por erro médico.

O primeiro capítulo se destinará a análise dos aspectos gerais da responsabilidade civil incluindo seu: histórico; conceito; tipos de responsabilidade: responsabilidade civil e penal, responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva; os elementos da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa,nexo de causalidade e o dano.

O segundo capítulo se proporá ao relato do surgimento da responsabilidade civil médica, através do seu histórico; expõe um breve resumo da profissão médica, incluindo os deveres do médico e os direitos do paciente; apresenta o conceito e identificação do erro médico; estuda a responsabilidade civil médica através da classificação em contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva; além de apresentar uma análise da reparação do dano decorrente do erro médico.

O terceiro capítulo passará a analisar qual tem sido o entendimento jurisprudencial a respeito do assunto responsabilidade civil por erro médico nos dias atuais. Como os nossos tribunais têm decidido e se posicionado quanto ao tema erro médico e a conseqüente responsabilidade civil do profissional médico.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil presente em nosso ordenamento jurídico, regulamentado pela Lei nº 10.406/02, atual Código Civil, no Título IX e Capítulo I, se destacam os artigos 186 e 187 juntamente com o artigo 927 que relatam os elementos que caracteriza a responsabilidade civil e também os artigos 948, 949, 950 e 951 que regula a responsabilidade civil dos profissionais. Estando também presente em outras leis como se observa pelo artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Mas, para se chegar ao conceito e regulamentação da responsabilidade civil que hoje conhecemos existiu anteriormente um processo histórico que ocasionou a mesma. Então, neste capítulo iremos apresentar um breve histórico sobre a origem da responsabilidade civil brasileira, além do seu conceito e modalidades.

2.1 HISTÓRICO, CONCEITO E TIPOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos tempos antigos, a vingança privada, na qual cada pessoa respondia a uma ação como bem desejava, era muito utilizada como forma de reagir ao feito negativo provocado por alguém. Quando alguém era ofendido ou tinha algum bem deteriorado por outrem, aquele simplesmente agia como bem desejava e respondia de forma bruta e violenta aquela ação, sem levar em consideração nenhum elemento que pudesse excluir a responsabilidade do apontado agressor. A justiça era feita pelas próprias mãos e não existiam instrumentos para medir a punição. Hoje sabemos que na verdade se tratava de um sistema punitivo privado não aceito pelo nosso ordenamento jurídico.

Depois, com a Lei de Talião, a resposta do ofendido ao agressor passou a ser medida proporcionalmente à ofensa, tendo como expressão mais comum a frase “olho por olho, dente por dente”. Segundo este princípio, o castigo deveria ser

proporcional ao crime, não sendo mais admitido que o ofensor fosse punido além do que realmente fez, para que o mesmo não fosse punido excessivamente, com uma pena superior ao que aparentemente merecia. Ainda sob as regras da Lei de Talião, a violência era paga com violência, porém agora, o agressor sofria apenas proporcionalmente ao mal por ele cometido, diferentemente do que ocorria com a vingança privada. Afirma Lisboa (2009, p. 206): “(...) se equiparava a prática de um delito a outro, com base na lei de talião (tálio), que limitava a represália da vítima sobre o agressor à proporcionalidade do dano causado (antes desta legislação não havia a regra da vingança proporcional)”.

Posteriormente surge a composição que consisti no fato de que o ofensor poderia compensar o afrontado de outra forma, poderia repará-lo através de valores econômicos. O ofensor agora também pode compensar a vítima através do pagamento de uma determinada quantia de dinheiro. Então, quando houvesse uma lesão ao direito de alguém ou até mesmo do seu patrimônio, este seria ressarcido com valores econômicos caso assim o desejasse, através da Composição, ou o agressor seria penalizado com a mesma medida que ocasionou o dano. A composição poderia ser aceita ou não pela vítima, por isso era considerada voluntária. Vieira (2001, p.6) enfatiza:

Contudo, a grande evolução em matéria de responsabilidade civil surge a partir da *Compositio*, em que o causador do dano comprava do ofendido ou da família deste o direito de represália, ou seja, a vingança de sangue foi substituída pela reparação em valores econômicos.

Tanto a Lei de Talião quanto a Composição foram institutos utilizados em outras leis e códigos, e serviram como referências na elaboração de normas que versassem sobre igual assunto. A Lei de Talião, segundo Vieira (2010, p.6): “Teve aplicação adotada em vários monumentos legislativos como o Código de Hamurabi (Babilônia), Êxodo (povo hebraico) e Lei das XII Tábuas (Roma)”. Ainda com relação a estes institutos Vieira (2001, p.6) complementa: “A composição também fora adotada em vários diplomas legais na antiguidade, como o Código de Hamurabi, Pentateuco, Código de Manu, Direito Germânico e Lei das XII Tábuas”. Isto mostra a relevância jurídica que a Lei de Talião e o instituto da Composição tiveram com relação a normas que versaram sobre responsabilidade que se tornaram exemplo para a elaboração de outras normas e códigos.

Tanto na vingança privada, na Lei de Talião, como na composição não se observa a presença da culpa como elemento caracterizador da responsabilidade do agente causador da lesão. Até aqui prevalece o que hoje temos por responsabilidade objetiva, em que o agente causador do dano responde por ele independente de ser provado ou não a culpa do mesmo.

Quando há o surgimento da figura do soberano e a conseqüente concentração de poder, a composição passa de voluntária a obrigatória. A partir daí, o Estado toma o lugar do lesado, passando a estabelecer quais valores seriam atribuídos para cada espécie de lesão. Assim concorda Gonçalves (2010, p.25):

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes de trabalho.

Segundo os doutrinadores Kfoury Neto (2001, p. 39) e Vieira (2001, p.8), a presença do elemento culpa só veio aparecer com o surgimento da Lei Aquília. Esta fazia parte do Direito Romano e foi criada com a intenção de regularizar os crimes cometidos contra os bens de outrem. A partir dela, o dono do bem lesado passa a ter direito a uma reparação em dinheiro por aquele que destruiu ou danificou o bem. Aqui, passa a ser necessária a comprovação da culpa do agente para que o mesmo viesse a ser responsabilizado pelo dano. Foi com base na Lei Aquília que se estabeleceu que a culpa, ainda que levíssima, obriga a responsabilização. A culpa é aqui entendida abrangendo tanto o dolo como a culpa em sentido estrito, ou seja, culpa lato sensu. Complementa Miguel (2013):

Com a Lei Aquília desponta um princípio geral da reparação do dano, sendo desta época as primeiras idéias acerca da noção de culpa. É a responsabilidade ganhando traços subjetivos, com a necessidade da averiguação da culpa do agente para a caracterização da obrigação de ressarcir. Nessa fase, além do distanciamento da responsabilidade objetiva, houve a cristalização da reparação pecuniária.

O Código de Napoleão foi importante, dentre outros pontos, no que se refere à responsabilidade civil contratual, e também quanto à questão da diferenciação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, Miguel (2013) afirma:

“Após a Revolução Francesa (1789), já na Idade Contemporânea, surge o Código de Napoleão, com a previsão da responsabilidade contratual, bem como é feita a distinção entre a responsabilidade penal e a civil”.

E no nosso direito se destaca o Código Criminal de 1830 que englobava tanto normas do direito civil como normas criminais. Segundo Gonçalves (2010, p. 27):

O Código Criminal de 1830, atendendo às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc.

Era no Código Criminal que encontrávamos normas aplicáveis aos casos de responsabilidade civil. Não existindo uma diferença entre pena e reparação somente depois é que houve uma notável diferença entre jurisdição civil e penal, quando então houve uma independência entre as mesmas.

Com a promulgação do Código Civil de 1916 observamos que a teoria adotada na aplicação da responsabilidade civil foi a teoria subjetiva, segundo esta, para que o causador do dano fosse obrigado a repará-lo seria necessário a comprovação da culpa. Esta mesma teoria foi aceita pelo atual Código Civil de 2002, mantendo o princípio da responsabilidade civil com base na constatação da culpa.

Quanto às inovações trazidas pelo novo diploma civil nesta área, bem enfatiza Gonçalves (2010, p.30):

No regime anterior, as atividades perigosas eram somente aquelas assim definidas em lei especial. As que não o fossem, enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de resalvar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco.

Sabendo que além da teoria subjetiva, o nosso Código em determinados casos estritamente estabelecido na lei adotará a teoria da responsabilidade objetiva que é aquela estabelecida mesmo sem a comprovação da culpa. Como se verá mais adiante.

2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de analisar o que se entende por responsabilidade civil se faz necessário entender o que se percebe primeiramente por responsabilidade de modo geral. Segundo Gonçalves (2010, p.41), “A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado”. Daí se entende que responsabilidade é a satisfação decorrente de um prejuízo anteriormente verificado.

Responsabilidade civil seria a consequência jurídica por ter sido violado algum dever jurídico, ou seja, se houver algum dano provocado o mesmo deverá ser reparado por quem deu causa. É o instituto da responsabilidade civil que garante uma proteção jurídica a vítima, no sentido de que a mesma não ficará no prejuízo, ela será ressarcida. Assim como não deixará o agressor impune, obrigando o mesmo a reparar o prejuízo causado. O agressor deverá recompor, restituir, reparar o dano, seja o mesmo material ou extrapatrimonial.

Com relação à proteção jurídica destinada a vítima e ao mesmo tempo gerando para o agressor o dever de reparar o dano, Lisboa (2009) as define como funções da responsabilidade civil, que são: garantir o direito do lesado, que seria justamente a proteção, a garantia de ressarcimento; e a outra função é a de servir como sanção civil, que seria a sanção imposta ao agressor no sentido de o mesmo ser compelido a recompor o prejuízo.

A responsabilidade nas palavras de Lisboa (2009, p.209): “(...) é o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto”. Portanto, surgirá a responsabilidade quando surgir o dano. Onde a mesma servirá para garantir a recomposição da lesão. Aparece à obrigação de recompor o dano no sentido de restabelecer o que anteriormente existia antes do mesmo, somente com a indisponibilidade de tal reparação surge a indenização como forma de ressarcimento oferecido a vítima.

Simplex é a definição trazida por Stoco (2011, p.140) que diz:

A responsabilidade, em Direito, significa o dever jurídico de a pessoa obrigar-se por algo que fez ou deixou de fazer quando devia agir. Por ação ou omissão o agente responderá ou perante estalões de conduta previamente estabelecidos em lei como crime, ou por ofensa à legislação

não penal, com o propósito de obrigar à reparação do dano material ou moral causado a outrem.

Não se pode confundir responsabilidade com obrigação, a primeira é tida como advinda da segunda, uma vez que o descumprimento da obrigação é o que gera a responsabilidade. Importante se faz analisar a diferença entre responsabilidade e obrigação, pois é da noção de sucessividade da responsabilidade em relação à obrigação que muitos doutrinadores embasam seu conceito sobre a mesma.

É o caso de Cavaliere Filho (2010, p. 2) que diz: “(...) responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Com relação à diferença entre obrigação e responsabilidade civil, nos explica Fiuza (2010, p. 280):

No sentido de suportar sanções, responsabilidade pode traduzir a idéia de relação obrigacional secundária, que surge quando a relação de débito não chega ao bom termo, ou seja, quando a obrigação não é adimplida. Diz-se, portanto, que uma situação obrigacional se desdobra em duas relações, uma de débito, outra de responsabilidade. A segunda surge, quando a primeira não se resolve a contento, isto é, quando o devedor não realiza a prestação a que se obrigara. Neste caso, responde patrimonialmente perante o credor, daí se falar em responsabilidade.

Nesse sentido, se entende que surgirá a responsabilidade civil quando anteriormente for cometida uma violação a um dever jurídico existente. Surgindo então a sanção de reparação do dano gerado para que possa ser reestabelecida a situação anterior ao dano.

2.3 TIPOS DE RESPONSABILIDADE

Dependendo de como se origina a responsabilidade, a doutrina adota mais geralmente a seguinte classificação: responsabilidade civil e penal, responsabilidade contratual e extracontratual e responsabilidade subjetiva e objetiva.

2.3.1 Responsabilidade civil e penal

Ambas surgem da violação de um dever jurídico. A maior diferença entre elas está no conteúdo que cada norma traz em seu bojo. Se a norma infringida é penal, gera responsabilidade penal, se a norma infringida for de direito privado surge a responsabilidade civil.

Outra diferença entre elas é apontada pelos doutrinadores, seria a questão da gravidade que cada uma exprime no mundo jurídico como nos aponta Cavaliere Filho (2012, p. 14):

Ambos, como já ficou dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Beling já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um *minus* ou *residuum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas por lei penal, ficando para a lei civil a responsabilidade das condutas menos graves.

Portanto, o que as diferencia é tão somente a norma que é violada. Como a norma penal normatiza as condutas tidas como mais grave para a sociedade, caso seja violada ocasionará a responsabilidade penal. Já a norma civil que regula condutas consideradas como menos graves, vindo esta a ser violada, gerará um ilícito civil e conseqüentemente a responsabilidade civil.

Lembrando que poderão existir situações em que se terá em um mesmo caso a incidência tanto da responsabilidade civil como também da responsabilidade penal, por exemplo, um motorista embriagado que atropela um pedestre vindo este a falecer, esta situação irá gerar ambas as responsabilidades.

Penalmente irá responder pelo crime de homicídio culposo, civilmente irá responder perante os familiares da vítima, reparando financeiramente os transtornos econômicos causados aos dependentes do mesmo.

2.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

A diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual está na origem pela qual surgiu tal responsabilidade. Se a mesma surgiu por ter sido violado um preceito legal, então, a responsabilidade será considerada extracontratual, já se a violação for de um contrato, se ocorrer uma inadimplência do mesmo ensejará em uma responsabilidade contratual. Como bem nos aponta Cavaliere Filho (2010, p.15):

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

Muitos doutrinadores tem afirmado não ser necessária esta distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois, independente de qual responsabilidade se trate os efeitos produzidos são idênticos. São os adeptos da teoria unitária também chamada teoria monista.

Mas a teoria adotada por muitos países inclusive, a adotada aqui no Brasil é a teoria dualista ou clássica que defende o que aqui está sendo exposto, que é a diferença entre ambas.

Além desta principal diferença apontada entre estas espécies de responsabilidade, há também autores que citam outras diferenças tais como a que diz respeito ao ônus da prova; a capacidade do agente causador do dano e quanto à gradação da culpa.

2.3.3 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

No nosso ordenamento jurídico a responsabilidade civil pode ser vista de duas formas: responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. A primeira possui no elemento culpa, esta no sentido amplo, o principal embasamento para que possa existir a responsabilidade civil. Tendo como fundamento jurídico o artigo 186 do Código Civil de 2002. Já a responsabilidade objetiva trata da reparação sem ser necessária a comprovação da culpa, tendo como fundamento o parágrafo único do art. 927 do Código Civil dentre outros.

2.3.3.1 Responsabilidade subjetiva

Para que o sujeito seja responsável pelo dano causado à vítima se faz necessário a comprovação da culpa, além dos outros elementos como o nexo causal e o dano. É indispensável à comprovação inequívoca do elemento culpa para que o sujeito se responsabilize por uma ação ou omissão sua, a qual resultou um dano, existindo presente também o nexo de causalidade. É o que diz o artigo 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E pelo artigo 927 caput, também do Código Civil de 2002 temos que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Então, será obrigado a reparar o dano àquele que por ato ilícito o cometeu, e, comete ato ilícito, aquele que por ação ou omissão violar direito e causar um dano. Sendo indispensável que fique devidamente comprovado o elemento culpa.

Caso ocorra o dano, mas que não seja possível ou não fique demonstrado à culpa não há como responsabilizar o sujeito causador do dano, ficando a vítima com o prejuízo sofrido. Como afirma Lisboa (2009, p. 274): “A responsabilidade subjetiva, destarte, é aferida mediante culpa, isto é, a falta de diligência ordinariamente exigida

no caso”. Necessário se faz a constatação da culpa na conduta do agente para que ocorra a responsabilidade civil do mesmo.

A teoria que tem o elemento culpa como imprescindível para a caracterização da responsabilidade é a teoria subjetiva. É esta a teoria adotada pelo nosso Código Civil como se percebe pela leitura do artigo 186 acima citado.

Sobre a responsabilidade subjetiva acentua Gonçalves (2010, p. 48):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

A teoria da culpa como é também chamada a teoria subjetiva defende que ninguém poderá ser responsabilizado por algo sem que fique constatado a culpa. Sendo esta indispensável para tornar o agente responsável. Com relação à palavra culpa é importante a observação feita por Cavaliere Filho (2010, P. 16) que explica: “A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo”.

Oportuno ainda é citar o entendimento sobre a imprescindibilidade do elemento culpa exposto por Cavaliere Filho (2010, P. 16):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Portanto, para que fique caracterizada a responsabilidade civil subjetiva necessária se faz a comprovação da culpa. Para este tipo de responsabilidade, além de todos os elementos necessários, o elemento culpa é tido como imprescindível, como principal pressuposto.

2.3.3.2 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva se caracteriza pela desnecessidade de comprovação do elemento culpa. Para que o sujeito venha a ser responsabilizado pelo dano que deu causa, deverá verificar o nexo causal entre a sua ação e o dano, mas não necessitará questionar sobre a presença ou ausência da culpa. Diferentemente do que ocorre com a responsabilidade subjetiva que tem na culpa um pressuposto indispensável para a sua configuração.

A responsabilidade objetiva deriva da lei, ou da atividade. Nela não se preocupa em verificar a comprovação da culpa porque segundo esta teoria ela é presumida. Necessitando tão somente da comprovação do dano e do nexo causal. Por ser presumida é admitida em alguns casos a inversão do ônus da prova como é o caso do artigo 936 “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. Caso em que a lei prever a possibilidade do réu se eximir da obrigação de reparar o dano se provar a existência das excludentes mencionadas no próprio artigo. A culpa aqui é presumida, mas, através da comprovação de que a culpa foi da vítima ou de que o dano se deu por força maior, o réu afasta da sua conduta a responsabilidade.

Também é defendida pela doutrina a ideia de que aquele que cria alguma atividade deve também se responsabilizar pelos danos que a mesma venha gerar, esta ideia é conceituada como teoria do risco, é o que nos esclarece Venosa (2012, p.15):

A teoria do risco aparece na história do Direito, portanto, com base no exercício de uma atividade, dentro da ideia de que quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que ela causar, independentemente de culpa sua ou de prepostos. O princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos. O exercício de uma atividade que possa representar um risco obriga por si só a indenizar os danos causados a ela.

A teoria do risco surge para responsabilizar aquele que de certa forma cria um risco através da prática de uma determinada atividade. O responsável pela atividade também será responsável pelo risco criado pela mesma, independente de culpa. Neste caso basta tão somente a existência do dano para que o agente venha ser

responsabilizado pelo mesmo. Desde que tal atividade reflita riscos, deve também o responsável pela mesma arcar com as conseqüências geradas. Uma vez que, aquele que aufere os cômodos deve também suportar os incômodos produzidos. Desta forma a vítima deverá apontar apenas a lesão e o causador da mesma para que possa ser ressarcida do prejuízo sofrido.

2.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Pela leitura do artigo 186 do Código Civil observamos que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É neste artigo que iremos destacar quais são os pressupostos da responsabilidade. Quais são os elementos essenciais que a caracterizam. Analisando cada parte podemos destacar quatro elementos. O primeiro, ação ou omissão, assim começa o artigo: “aquele que por ação ou omissão”; segundo, a culpa ou o dolo do agente, “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Outro elemento é o nexo de causalidade ressaltado quando o artigo usa o verbo “causar”, e o último elemento é o “dano”, presente na frase “violar direito e causar dano a outrem”. Destacado cada elemento importante que seja feita a análise de cada um separadamente. Assim temos: ação ou omissão; culpa; nexo de causalidade e dano.

2.4.1 Ação ou omissão

Este pressuposto está relacionado a uma atitude por parte de qualquer pessoa. Esta poderá gerar um dano através de uma atitude comissiva ou omissiva. O Código estabelece que o agente também seja responsabilizado por um feito danoso não provocado pessoalmente pelo mesmo, mas por atos praticados por terceiros que estejam sob sua guarda e ainda pelos danos gerados por coisas ou animais que lhe pertençam.

O fundamento para a responsabilidade por ato próprio se encontra no próprio artigo 186 do Código Civil que é o artigo base de todos os pressupostos. E que se inicia indicando a ação ou omissão como atitudes que poderão levar o indivíduo a ser responsabilizado caso acompanhe os outros requisitos. Com relação ao ato próprio, Gonçalves (2010, p.53) nos afirma: “O Código prevê a responsabilidade por ato próprio, dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria, de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito”.

Com relação à responsabilidade surgida pelo dano a que deu causa um animal, o artigo 936 do atual Código Civil diz que: “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. Com relação a coisas o art. 938 assim expõe: “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

O Código Civil traz uma relação das situações em que ocorrerá a responsabilidade por atos praticados por terceiros, mas que estão sob a guarda do agente, assim diz o artigo 932:

São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Importante observar que se fala em ação ou omissão voluntária, isso demonstra que o ato deve ser praticado livremente, que o agente não seja obrigado a praticar o ato por qualquer situação que seja. Ele deve agir livremente e conscientemente para que dessa sua atitude comissiva ou omissiva voluntária, livre e consciente surja à responsabilidade. É por isso que a lei estabelece situações em que caso o agente mesmo praticando o ato ele não venha a ser responsabilizado ou gere uma diminuição da responsabilidade, é o caso dos meios de defesa também chamado de excludentes da ilicitude. São atitudes que o agente toma, mas que houve a interferência de algo que o levou a agir involuntariamente ou também quando a própria lei permite que o agente se porte daquela forma. Ocorre quando

há: culpa da vítima, caso fortuito ou força maior, cláusula de não indenizar, exercício regular normal de um direito e a legítima defesa.

Para que o agente que pratica um ato ilícito, ocasionando um dano seja responsável civilmente pelo mesmo é necessário que a ele possa ser imputado tal ato. Portanto, para que o agente seja responsável necessário é que ele seja imputável, o conceito de imputabilidade é bem claro nas palavras de Cavaliere Filho (2010, p.25) que explica: “Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo”. Diante do caso concreto, o julgador deverá analisar se no momento da ação assim como no momento do resultado, o causador tinha consciência dos seus atos.

Com relação à caracterização da omissão, oportuna é a explicação exposta por Gonçalves (2012, p. 59):

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.

Já a ação ou atitude comissiva é caracteriza por uma ação positiva, um fazer, um agir. Gerando uma violação de um dever através da prática de um ato, através de uma conduta participativa. Cavaliere Filho (2010, p. 24) exemplifica da seguinte forma: “Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante”.

Assim, a omissão é caracterizada pela falta de uma conduta que deveria ser produzida e que provavelmente evitaria o dano. Já a atitude comissiva se identifica pela atuação positiva a qual deveria ser evitada, pois, caso haja a ação positiva, conseqüentemente há a violação de um dever jurídico e também a criação de um dano.

2.4.2 Culpa

É necessária a presença do elemento culpa para que o agente violador do dever jurídico venha a ser responsabilizado, de acordo com a teoria subjetiva. A culpa é citada no artigo 186 do Código Civil em estudo através dos seguintes termos: voluntária, negligência ou imprudência.

A culpa é aqui entendida abrangendo tanto o dolo como a culpa em sentido estrito. Dolo é entendido como a intenção voluntária em praticar o dano. O agente tem a intenção de provocar o dano, deseja que através de sua atitude aquele mal por ele desejado seja concretizado. Desde o início da ação até o resultado o agente já atua através de uma atitude ilícita, reprovada e inaceitável. Nas palavras de Gonçalves (2010, p. 315): “Dolo, portanto, é a violação intencional, do dever jurídico”.

Diferentemente é o conceito de culpa em sentido estrito. Nesta o agente age através de uma conduta também voluntária, porém lícita, mas que se torna ilícita ao se desviar dos padrões socialmente aceitos pela sociedade. Não há a intenção de violar o dever jurídico, mas por não ter agido com cuidado, com prudência e atenção, acaba gerando como consequência desta falta de cautela a responsabilização de seus atos.

Ao diferenciar dolo da culpa em sentido estrito, Gonçalves (2010, p. 35) explica:

O art. 186 do Código Civil pressupõe sempre a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de praticá-lo), e a culpa *stricto sensu* ou aquiliana (violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo os padrões de comportamento médio).

Existem algumas normas que surgem justamente para proteger a sociedade de problemas previsíveis, como é o caso das leis de trânsito que existem também para proteger, ao estabelecer, por exemplo, limites de velocidade dentro de um perímetro urbano. Sendo previsível que provavelmente ao desobedecer aquele limite poderá ocasionar um acidente acarretando na responsabilidade civil do agente. Mas, não sendo possível prever todas as situações, deve ser observado e respeitado o dever genérico previsto no Código Civil de não lesar a outrem.

Não se exige que se tenha um cuidado extremo, mas que seja comparável ao cuidado e conhecimento de um homem comum que com a devida cautela consegue prever o mal e desvia a sua conduta para que o mesmo não aconteça. Pois, caso não seja possível ao homem médio utilizar da previsibilidade para querer não continuar com sua conduta, sabendo de antemão o que poderá gerar não será possível culpá-lo, pois, ele não pode se responsabilizar por um acontecimento imprevisível ocasionado, por exemplo, por uma ação da natureza.

Quem age com imprudência, negligência ou até mesmo com imperícia, tem a sua ação ligada ao elemento culpa em sentido estrito. Pois, não há a intenção de violar o dever jurídico, mas que por uma falta de cuidado acaba dando ensejo a um resultado ilícito. Com relação à imprudência, negligência e imperícia, Stoco (2011, p. 158) conceitua e exemplifica da seguinte forma:

A imprudência é a falta de cautela, o ato impulsivo, o agir açodado ou precipitado, através de uma conduta comissiva, ou seja, um fazer (facere), como quando a pessoa dirige seu veículo com excesso de velocidade.

*A negligência é o descaso, a falta de cuidado ou de atenção, a indolência, geralmente o *non facere quod debeat*, quer dizer, a omissão quando do agente se exigia uma ação ou conduta positiva. Pode-se identificá-la na conduta do empregado que deixa de trancar a porta ou o cofre da empresa, que vem a ser assaltado, ou do tratador que esquece de fechar o canil, deixando soltos os animais, que atacam e lesionam algumas crianças.*

*A imperícia é a demonstração de inabilidade por parte do profissional no exercício de sua atividade de natureza técnica, a demonstração de incapacidade para o *mister* a que se propõe, como o médico que, por falta de conhecimento técnico, erra no diagnóstico ou retira um órgão do paciente desnecessariamente ou confunde veia com artéria. Pode-se identificar a imperícia através de ação ou de omissão.*

Sendo assim, imprudência é entendida como uma conduta que deveria ter sido evitada, mas que não foi. O agente deveria agir omissivamente, mas se porta de maneira positiva. Na negligência o agente fica erroneamente omissivo quando deveria agir de acordo com as precauções necessárias e exigíveis diante da ação cabível. Já a imperícia está ligada a falta de conhecimento técnico para o exercício de uma determinada atividade que o torne indispensável.

A doutrina expõe de maneira bem detalhada as espécies de culpa. Não poderíamos deixar de citá-las mesmo sendo de maneira resumida, mas que trará uma noção do que versa cada uma. Inicialmente, a culpa poderá ser grave, leve e levíssima. Esta classificação da culpa é caracterizada pelo grau em que a mesma é apresentada. A grave é quando há a falta de cuidado com relação a algo que é óbvio, lógico, evidente. Culpa leve é tida como aquela em que a conduta poderia ser

evitada utilizando-se uma atenção ordinária, atenção de um homem comum. A levíssima para ser evitada somente com uma atenção redobrada, seria a atenção extraordinária.

A culpa também poderá ser contratual e extracontratual a depender da natureza ao qual está ligado o dever violado. Se se tratar de norma contratual ter-se-á a culpa contratual. Mas se advindo na violação do dever imposto pelo artigo 186 no nosso Código Civil, caracterizado fica a culpa extracontratual.

Existe também a culpa presumida, que é aquela que possibilita a inversão do ônus da prova. A vítima deverá provar tão somente o nexo de causalidade e o dano, cabendo ao réu provar que não agiu com culpa ou provar alguma das excludentes previstas na lei.

Importante ainda citar a culpa exclusiva e a culpa concorrente. A culpa exclusiva ocorre quando a vítima gera o fato danoso, ela própria dá causa ao mesmo. O causador do dano é utilizado apenas como meio, mas o culpado é a vítima. Já na concorrente tanto a vítima quanto o autor atuam e geram o fato ilícito. Há uma concorrência de condutas culposas. Será levada em conta a proporção maior ou menor da culpa de cada um para assim se estabelecer a indenização que caberá a vítima.

2.4.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é um pressuposto indispensável a constatação da existência da responsabilidade, pois é ele quem demonstra a ligação, o liame, a relação entre o dano produzido e a ação ou omissão por parte do agente. A falta do nexo de causalidade descaracteriza a obrigação de reparação do dano. Tornando-se deste modo um elemento imprescindível na aplicação da responsabilidade civil.

Segundo Venosa (2012, p.53) nexo causal:

É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Devido às discussões geradas pela busca de se compreender qual a causa deveria ser levada em conta para se entender a que se aproxima com o dano, o Código Civil adotou a teoria dos danos diretos e mediatos para estabelecer que, a causa levada em consideração será aquela direta e imediata ao dano e a conduta. Tornando mais simples a revelação da mesma, mas não suficiente para resolver todos os problemas que surgem com relação às causas.

Desta teoria se conclui que o agente não responderá pelas causas infinitas que de algum modo se ligam ao dano. Responderá somente pelo dano direto e imediato a sua ação. Também não responderá quando estiver presente alguma das excludentes da responsabilidade civil. Caso a culpa seja exclusiva da vítima, ocorra caso fortuito ou força maior, o agente não se responsabilizar pelos danos, pois não deu causa. Com relação à culpa exclusiva da vítima, podemos apontar um exemplo de uma pessoa que se joga na frente de um carro ocasionando sua morte, neste exemplo o sujeito não irá arcar com os prejuízos, porque a culpa foi tão somente da vítima que intencionalmente se lançou na frente do automóvel. Da mesma forma com relação ao caso fortuito, caso ocorra um terremoto o agente não poderá responder pelos danos causados por ele. Assim como diante os efeitos gerados pela guerra, exemplo de força maior.

2.4.4 O dano

É com base na ocorrência ou não do dano que irá se constatar a presença da responsabilidade civil. Não há como responsabilizar alguém por uma ação que não gerou prejuízo algum. Para que o instituto responsabilidade civil seja aplicado, necessária é a presença da lesão. “A doutrina é unânime em afirmar, como não poderia deixar de ser, que não há responsabilidade sem prejuízo” (STOCO, 2011, p.151).

Dano é entendido como algo que foi provocado através da ação ou omissão, voluntária ou através de uma atitude negligente ou imprudente. Esta atitude viola o direito de alguém chegando a produzir o prejuízo em si. Não se trata apenas de um

dano material, mas que também poderá ocorrer um dano extrapatrimonial. Nas palavras de LISBOA (2009, p. 244): “*Dano (damnum)* é o prejuízo causado a outrem ou ao seu patrimônio”. Quando o prejuízo for causado diretamente à pessoa, ter-se-á o dano moral, mas quando o prejuízo for direcionado aos bens da pessoa, será chamado de dano material.

O dano seria aquilo que é ocasionado através do comportamento humano (ação ou omissão) que poderá estar acompanhado ou não do elemento culpa, mas que para que haja indenização, reparação é imprescindível a demonstração do nexo causal.

Assim, vejamos o que Venosa (2012, p. 37) diz a respeito do assunto em análise:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano.

Necessário então se faz a presença inquestionável do prejuízo para então poder se falar em responsabilidade, para poder falar em indenização. Deste modo é o pensamento de Cavaliere Filho (2010, p. 73) que explica:

Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontra antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir.

Com relação à indenização devida quando se trata de dano material, importante a leitura dos artigos 402 e 403 do Código de Civil de 2002 que assim dizem: art. 402, “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Artigo 403, “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Pela leitura dos artigos transcritos se observa que não é de qualquer maneira que se estabelece o valor da indenização. Deve ser observado que ao

estipular as perdas e danos sofridos pela vítima deve-se levar em consideração o que efetivamente, o que realmente perdeu e analisar o que deixou de lucrar baseado na razoabilidade. Devendo existir uma relação direta e imediata entre a lesão e os prejuízos efetivos e os lucros cessantes.

Analisando o artigo 402 acima citado assim entende e explica Diniz (2010, p. 349):

Para conceder a indenização de perdas e danos, o juiz deverá considerar se houve: *dano positivo* ou *emergente*, que consiste num déficit real no patrimônio do credor, e *dano negativo* ou *lucro cessante*, relativo à privação de um ganho pelo credor, ou seja, o lucro que ele *razoavelmente*, deixou de auferir em razão de descumprimento da obrigação pelo devedor (RT, 613:138, 434:163 e 494:133, BAASP, 1.856:85). O art.402 acata o *princípio da razoabilidade* para quantificar o lucro cessante, visto que, se certeza e atualidade são requisitos para que o dano seja indenizável, apenas se poderá considerar, para fins indenizatórios, o que razoavelmente se deixou de lucrar. Observa Judith Martins-Costa que a lei “ao aludir ao que o lesado ‘razoavelmente deixou de lucrar’ seria équo considerar - tal qual ocorre no dano pré-contratual – as expectativas ilegitimamente frustradas, tais quais as decorrentes da perda de uma chance. A *perda de uma chance* é indenizável, ante a certeza da existência da *chance* perdida pelo lesado por ato culposo, comissivo ou omissivo, do lesado, impedindo sua configuração.

Como anteriormente comentado a lesão gerada poderá ser material ou moral. Se o dano atingiu somente o patrimônio da vítima, ele será considerado material também chamado de dano patrimonial. Mas se o prejuízo não atingir o patrimônio, vindo a atingir a pessoa como ser humano, os seus direitos personalíssimos, como por exemplo, o direito a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a imagem, dentre outros, o dano neste caso será moral ou extra patrimonial.

Quando se fala em lesão material, se refere ao prejuízo provocado não diretamente a vítima, mas ao seu patrimônio e como meio de indenização é levado em consideração os artigos 402 e 403 do Código civil de 2002 acima citados e explicados, além da regra estabelecida no artigo 944 também do CC/02 ao enfatizar que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Quando se trata de prejuízo moral, ocorrerá a reparação do mesmo segundo Stoco (2011, p. 152) da seguinte forma:

O dano material, não sendo possível o retorno ao *status quo ante*, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencional, mais ou menos aleatório, mas que não pode levar à ruína aquele que paga, nem causar enriquecimento ilícito a quem recebe, ou conceder a este mais do que conseguiria amearhar com o seu próprio trabalho e esforço. Há de caracterizar-se como um mero afago, um agrado

ou compensação ao ofendido, para que esqueça mais rapidamente dos aborrecimentos e dos males d'alma que suportou.

Assim, a indenização quanto ao dano moral é estabelecido aleatoriamente de acordo com as condições financeiras daquele que o provocou, tendo o cuidado de não gerar o enriquecimento ilícito da vítima, mas tão somente que a mesma venha a ser reparada através de valores econômicos pelo mal moralmente sofrido, apesar de não gerar uma compensação, pois uma perda relacionada a algum direito da personalidade, dificilmente será compensada.

Vezes haverá em que necessitará fazer apenas a reparação da lesão moral, assim como também ocorrerá situações em que será necessária tão somente a reparação do prejuízo patrimonial. Mas nada impede a cumulação das indenizações por dano moral e material, dependendo da situação, assim afirma a Súmula 37 do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato". Portanto, dependendo da situação, a vítima poderá receber cumulativamente as indenizações tanto moral, como material.

3 ERRO MÉDICO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Ocorrerá erro médico quando o médico agir sem a devida cautela, gerando dano à vítima que buscará amparo no judiciário tomando como fundamento a responsabilidade civil do médico que é estabelecida principalmente pelo Código Civil Brasileiro.

O médico, por sua vez, só será responsabilizado se ficar provado que o mesmo agiu com culpa, na modalidade de imprudência, negligência ou imperícia. Caso não se prove que o médico agiu com culpa em sentido estrito, o mesmo não poderá ser responsabilizado.

3.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Antigamente não existia um médico formado e especializado em determinada área do corpo humano, existia a figura do mago, do curandeiro e do sacerdote que utilizavam determinados processos rudimentares de cura para tratar das doenças e era assim que os médicos eram tidos, como pessoas que de certa forma possuíam algum domínio da cura.

Neste período geralmente o erro não era imputado ao profissional e sim a algo que não pudesse ser controlado, a algo que não está sobre o controle humano, a medicina era tida com algo divino.

Com o passar do tempo e com a evolução dos pensamentos o que antes era atribuído a Deus passou a ser visto como função do homem. E o exercício da medicina passou a observar regras, pois começou a se questionar o erro advindo da atividade médica assim como as respectivas punições.

Sendo de reconhecida importância, o Código de Hamurabi já estabelecia normas que tratavam de assuntos relacionados com a atuação médica.

Foi um dos primeiros documentos a versar sobre o tema e desde já passou a estabelecer punições caso o médico praticasse algum falha durante determinado tratamento, assim expõe Stoco (2011, p. 620):

Mas os registros confiáveis mais antigos acerca da regulamentação da atividade médica surgiram nos séculos XVIII e XVII a.C, levada a efeito pelo sexto rei da Primeira Dinastia da Babilônia, o Rei *Khamu-Rabi* ("Hamurabi"), que reinou de 1728 a 1686 antes de Cristo, ao qual se atribui a instituição do Código de Hamurabi (cf. Revista Ser Médicos, ano V, n. 18).

Nesse momento surgiram a discussão acerca da prática médica e as punições que ensejava.

Nos seus 282 artigos, que dispõem sobre diversos assuntos, o Código contém três preceitos cuidando da prática médica:

"Art. 215. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos".

"Art. 218. Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos".

"Art. 219. Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo".

Na história de Roma podemos perceber evoluções nos institutos que envolvem a reparação do dano de maneira primitiva, mas que desde já apresentam características do que hoje entendemos por responsabilidade civil. Relata Kfoury Neto (2001) que primeiramente era praticada a vingança privada, posteriormente surgiu a Lei de Talião, estabelecendo o princípio "olho por olho, dente por dente". Depois surgiu a composição voluntária, nesta a vítima poderia escolher receber do agressor uma quantia em dinheiro ou algum objeto como também poderia escolher que o agressor pagasse segundo as normas trazidas pela Lei de Talião, neste caso ele deveria pagar com o mesmo mal que havia feito. Da composição voluntária se origina a composição obrigatória, onde para cada ofensa cometida já havia sido estabelecido um valor referente à mesma. Mas foi com a Lei Aquília que se pode perceber noções gerais a respeito da responsabilidade civil. A Lei Cornélia é importante porque trouxe normas referentes a delitos relacionados com as atividades médicas, assim como as respectivas penas. E somente com a Lei Aquilia de dano é que pudemos vislumbrar o apontamento de crimes específicos praticados pelos médicos no exercício de sua atividade. Foi também com esta lei que começou a ser elaborado um conceito primitivo de culpa.

No Egito, o médico deveria tão somente obedecer às regras contidas em um livro, este foi criado pelos egípcios para descrever todas as regras médicas que deveriam ser obrigatoriamente cumpridas e respeitadas pelo profissional da área de medicina. Se o médico ao terminar uma cirurgia e esta viesse causar a morte do paciente o mesmo nada responderia se tivesse obedecido as normas estabelecidas no livro, mas, se porventura viesse a desobedecer o que nele havia sido

determinado seria punido com pena de morte mesmo que outro fosse o resultado da cirurgia. Segundo Lima (2006, p. 21): “Já os egípcios estabeleceram, em um livro, todas as regras da Ciência Médica. Para eles, quando o médico lhes desobedecesse, era punido com a morte, independente do que acontecesse com o paciente”. Bastaria tão somente a observância deste livro para que o médico se isentasse de qualquer responsabilidade dos seus atos.

A Grécia é destacada na área da medicina na pessoa de Hipócrates, considerado o pai da Medicina, foi um grande estudioso da ciência médica e até hoje suas obras são conhecidas e estimadas, existe um conjunto de obras atribuídas a Hipócrates que é conhecido por Corpus Hippocraticum (Coleção Hipocrática). Ainda hoje o juramento de Hipócrates é usado nas solenidades de formatura do curso de medicina. Ao utilizarem, os médicos demonstram e juram exercerem a arte da medicina com honestidade, sempre na busca do bem para o doente.

Com relação à Idade Média, Giostri (2004) relata que data do século XIII o documento mais antigo que trata sobre responsabilidade médica. Neste documento consta “(...) uma sentença do Júri dos Burgueses de Jerusalém, a qual declarava que determinado médico devia uma indenização pela morte de um doente” (GIOSTRI, 2004, p 26). Foi neste mesmo período que apareceram legislações com dados que demonstravam a cobrança para que o médico desempenhasse “(...) uma participação mais direta em matéria jurídica” (GIOSTRI, 2004, p 26). Destaca o autor a lei sálica, a lei germânica, e as Capitulares de Carlos Magno e explica que estas leis traziam normas que avaliavam qual reparação era cabível ao prejudicado, tendo como base o ferimento sofrido pela vítima. Então, para o estabelecimento da indenização era primeiramente analisado o local e a gravidade da lesão.

Com relação à França, se percebe que a mesma passou por um período do início do século XIX no qual a responsabilidade dos médicos era estabelecida apenas moralmente. Segundo Kfoury Neto (2001) a Academia de Medicina de Paris, em 1829, estabeleceu a peculiar responsabilidade moral dos profissionais da medicina. Tal decisão gerava uma espécie de imunidade aos médicos, seriam os mesmos responsabilizados apenas quando demonstrado falta grave, erro grotesco, imprudência real e nítida imperícia. Ou seja, diante de uma situação grave e clara de erro médico é quando seria possível responsabilizá-los. Era assim o entendimento porque nesta época se questionava sobre a possível reparação material do dano, sempre com o cuidado de não gerar enriquecimento ilícito por parte do paciente,

como também não tratar desumanamente o médico. Somente em 1832 é que ficou comprovada a mudança de pensamento da jurisprudência Francesa. E isso se deve ao fato de o Tribunal de Domfront ter condenado um médico ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos. O médico em questão foi condenado por ter agido com falta grave diante do caso de o mesmo ter amputado desnecessariamente as mãos do feto ao fazer um trabalho de parto.

A partir de então, a responsabilidade civil médica passou a ser cada vez mais efetivada nos tribunais franceses. Segundo Giotri (2004, p. 26) pode-se dizer que foi o Direito Francês que inovou quanto ao tema responsabilidade médica e a partir de então estabeleceu: “as bases de uma jurisprudência e de uma doutrina que se evidenciaram efetivamente com o decorrer do tempo, servindo de parâmetro para um grande número de países, nos quais se inclui o Brasil”. Isso mostra a grande influência e repercussão que este ocorrido gerou tanto para a França quanto para outros países.

3.2 A ARTE DA MEDICINA

A ciência médica é a ciência que visa diagnosticar doenças e com isso poder evitá-las e tratá-las quando possível e, quando não, amenizar o mal causado por ela. Existe um campo amplo de atuação do operador da medicina, desde o sanitarismo (médico que cuida da campanha de vacina, e dos cuidados estruturais de um lugar para prevenir doenças), pesquisador (médico que estuda cientificamente as doenças), cirurgião, clínico, anatomista patológico, radiologista, dentre outros. Enfim, é grande a área de atuação do profissional que atua nesta ciência.

Na medicina a maioria dos profissionais lida diretamente com o ser humano, mas em alguns ramos tem menos contato com ele, como por exemplo, anatomia, patologia e radiologia.

3.2.1 Conceito da profissão médica

A palavra medicina é de origem latina e significa a arte da cura. Pelo seu significado se percebe desde já a importância e o valor que a profissão médica possui diante da sociedade. Por se revelar através da cura, da preservação da saúde e da busca pela vida é que atribuímos a ela o destaque que lhe é devido.

A medicina é uma profissão que como qualquer outra merece ser reconhecida e respeitada. Nesta profissão o objeto é o ser humano, com o qual o médico lida direta ou indiretamente. Devido a isto, relevante é o apoio jurídico, garantindo um eficiente atuar deste ofício. “A Medicina é uma profissão que penetra na intimidade da vida do indivíduo e se estende à coletividade, necessita de um grande apoio jurídico que lhe dê segurança e garantia no exercício de sua atividade” (VIEIRA, 2001, p. 3). Essencial é a segurança e a garantia jurídica para que a medicina seja exercida de maneira ampla e eficiente.

Sobre a finalidade da medicina Couto Filho (2004, p. 139) afirma: “A medicina tem por finalidade praticar o bem, aliviar a dor, curar as doenças”. Disto se percebe que a preocupação maior da medicina é proporcionar ao paciente saúde, é buscar por todas as maneiras possíveis amenizar a agonia do doente, é conseguir com a ajuda de Deus trazer cura as enfermidades e moléstias existentes na sociedade.

Para o Código de Ética Médica, capítulo I e inciso I: “A medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza”. Então, no exercício da medicina não deve ser apresentado nenhuma espécie de discriminação, uma vez que, busca a mesma atuar em prol da saúde do ser humano e da sociedade como um todo.

Como todo ser humano, o médico está sujeito a errar, até porque a ciência médica não é uma ciência exata, e em certas situações provavelmente poderá produzir alguma espécie de erro, mesmo sem a intenção de prejudicar. Devido a isto que o médico só será responsabilizado civilmente se agir com culpa em sentido estrito. E como nos lembra Stoco (2011, p. 627): “Cabe entretanto, não deslembrar que o médico é o guardião da vida, o protetor e responsável pela saúde física e mental das pessoas”. Devido a isto merece ser valorizado. Souza complementa: “A palavra médico, tem como origem o verbo grego *medeo*, que quer dizer: “cuidar de”. Portanto, o médico é aquele que cuida”. Assim, o médico é aquele profissional que

tem a função de cuidado, de ser zeloso e diligente com o paciente, é o responsável em promover e buscar a saúde, física e mental das pessoas.

3.2.2 Deveres do médico

O médico como profissional que é deve estar atento aos deveres que lhe são impostos pela arte que exerce. Devendo agir sempre em observância das regras técnicas inerentes a ciência médica, além das normas éticas e morais, dentre outras.

Segundo Venosa (2012, p. 136):

O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente. Não pode garantir a cura, mesmo porque a vida e a morte são valores que pertencem a esferas espirituais.

O profissional da medicina, portanto, deverá agir em conformidade com os conhecimentos adquiridos, utilizando-se da técnica devida, agindo com zelo, com atenção, com prudência, sempre em favor do paciente e da sua cura. Por isso que é dever, uma obrigação do médico agir da melhor forma profissional, moral e técnica, para que consiga alcançar a cura, quando esta for possível. Pois, obriga-se o médico a tratar o paciente e não a curá-lo.

Outro dever do médico apontado por Venosa (2012) é o de acompanhar o paciente em todos os momentos do tratamento, desde o diagnóstico, passando pelo tratamento em si, até mesmo após o tratamento, caso haja a necessidade, fase denominada de monitoramento. Nesta fase, pós-tratamento, o paciente às vezes ainda carece da atenção profissional do médico e o mesmo deve prestar esta assistência até o momento em que não se torne mais necessário.

Faz parte dos deveres da conduta do médico o dever de informação. Através desta, o médico esclarece ao paciente tudo que envolve o tratamento do paciente, deixando-o ciente de toda a terapia que será adotada na cura da enfermidade. É através da informação que o doente tomará consciência do seu estado clínico, e é neste momento de repasse de dados acerca do tratamento que o paciente poderá

emitir sua opinião e consentimento sobre o emprego de determinada técnica que será usada ou de determinado procedimento. Importante e imprescindível o esclarecimento ao doente de tudo que envolve seu estado de saúde, além de todos os procedimentos necessários no processo de cura.

Com relação ao dever de informação França (2010) estabelece além da informação ao paciente sobre seu estado clínico e sobre o tratamento em si; a necessidade de o médico passar as informações sobre as condições precárias de trabalho, caso exista; como também, o médico deverá registrar corretamente todas as informações oriundas do seu atuar juntamente com o paciente, todas elas devem estar devidamente registradas no prontuário; sendo também importante o repasse de informações sobre o paciente aos outros profissionais que possivelmente vierem a atuar no mesmo caso. Além do inquestionável dever de informação, o autor em comento, ainda cita como deveres do médico o dever de estar sempre se atualizando e buscando aprimoramento dos seus conhecimentos. O dever de vigilância e de cuidados necessários ao paciente e o dever de abstenção de abuso. Devendo, pois, o médico agir em obediência e cumprimento dos seus deveres para que o contrário não enseje em responsabilidade do mesmo.

Então, são considerados como deveres do médico o atuar prudente, sempre observando as regras técnicas próprias da profissão; devendo também, acompanhar o paciente em todas as etapas do tratamento, desde a fase do diagnóstico, passando pela fase da cura da doença, como também após a mesma quando o paciente ainda necessita ser assistido. Além do dever de informação.

Observa-se que o médico deve agir no exercício de seu ofício analisando e cumprindo sempre os deveres impostos pela lei, sob pena de ser responsabilizado caso sua conduta esteja irregular e que assim fique comprovada. Lembrando que existem situações em que os riscos são inerentes à profissão e nestas situações o médico não será responsabilizado, desde que não atue com culpa.

3.2.3 Direitos dos pacientes

Diante da relação médico-paciente existem direitos e deveres reservados a ambas as partes. Com relação ao paciente, que é a pessoa que está doente e sob

os cuidados médicos, importante à citação e explicação de alguns de seus direitos estabelecidos na lei e também na doutrina.

Independente da fase que se encontra, seja ela a fase de elaboração do diagnóstico pelo médico ou mesmo a fase do tratamento em si, o enfermo deverá ser bem informado do que está acontecendo, deverá ser informado sobre o tratamento que será aplicado para alcançar a cura de sua doença e ter a oportunidade de expressar sua vontade e opinião. A interferência do pensamento do paciente e a sua anuência quanto aos procedimentos adotados é importante, pois cabe ao mesmo dizer se aceita ou não determinado tratamento. Como bem afirma Venosa (2012, p. 137): “Há um dever na Medicina que deve ser obedecido pelo médico. Tem ele o dever de informar o paciente, ou a sua família, de seu estado, da metodologia e técnica a serem utilizadas, dos riscos e possibilidades de cura”. Trata-se, portanto de um dever imposto ao médico e de um direito destinado ao paciente.

O médico deve explicar claramente sobre a natureza da doença e seu necessário modo de terapia, além dos riscos que a envolvem. Levando em conta a pessoa e seus sentimentos, deverá ser sincero e também humano de modo a não causar tristeza e descontentamento por parte do enfermo que já se encontra em uma situação delicada.

Surge então para o médico o dever de passar ao paciente as orientações necessárias e caso haja omissão da sua parte, arcará com as consequências. Ao analisar este tema, explica Venosa (2012, p. 148):

A omissão na informação correta ao paciente pode acarretar responsabilidade profissional. As situações de emergência devem ser devidamente sopesadas. As informações somente podem ser suprimidas quando efetivamente não puderem ser prestadas. O princípio a ser levado em conta é que, quanto mais arriscada a intervenção do profissional, seja com tratamento, seja com cirurgia, tanto mais necessárias tornam-se a advertência e a informação ao paciente.

O repasse das informações pelo médico se torna imprescindível devido ao fato de que a partir deste momento o paciente poderá tomar uma decisão e assim ficará ciente do processo terapêutico que será submetido. Ficarão cientes das consequências que poderão surgir pós-tratamento. Porém tudo ocorrerá com seu consentimento afastando de certo modo a total responsabilidade por parte do

profissional, pois poderão ocorrer situações em que ambos serão responsáveis ou até mesmo a culpa exclusiva da vítima.

A doutrina afirma que a relação médico-paciente está também amparada pelo Código de Defesa do Consumidor, equiparando o médico ao prestador de serviços e o paciente ao consumidor conforme os artigos 2º e 3º do CDC.

Diante disto cabe a citação do artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor que trata da informação como direito básico do consumidor e diz: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Sendo assim, o paciente, como consumidor, tem na informação um direito básico e o Código de Defesa do Consumidor como mais um amparo legal dos seus direitos.

Existem situações de urgência em que infelizmente não existe tempo de serem repassadas todas as informações necessárias e nem mesmo há ocasião de o paciente apresentar seu consentimento, e isto ocorre em situações em que não há controle humano, profissional sobre a mesma.

Porém devido à importância do dever de informação, função do médico, e também do consentimento informado, direito do paciente, existem limites os quais o médico não poderá deixar de atender, Cavalieri Filho estabelece o seguinte (2010, p.394): “Os limites do dever de informar são estes - riscos graves, diretamente decorrentes da atuação médica e que poderiam levar o paciente a não querer se submeter ao tratamento”.

Pois, caberá tão somente ao paciente decidir sobre sua vida, devendo o médico não ultrapassar este limite, concedendo ao paciente o direito de manifestar seu pensamento, opinião e consentimento que dirão a respeito de algo que inevitavelmente lhe interesse sua vida e sua saúde.

É válido Lembrar que o profissional será responsabilizado se agir de outra forma, por exemplo, se ultrapassar os limites e deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante nos casos de riscos graves relacionados ao tratamento.

3.3 CONCEITO E ANÁLISE DO ERRO MÉDICO

O médico deve exercer seu ofício de forma apropriada, deve atuar de maneira correta conforme explicado em linhas anteriores. Mas através do atuar médico, das ações praticadas pelo médico no exercício da medicina podem ser geradas consequências, danos ou lesões ao enfermo. Em termos técnicos tem-se a iatrogenia, que segundo Couto Filho (2004) este termo é utilizado para expressar algo que surge do atuar médico, algo que advém da conduta médica e que por ele é causado. Ainda segundo este autor é necessário fazer a diferença entre iatrogenia *lato sensu* e a iatrogenia *stricto sensu*. A primeira se relaciona a todo o proceder médico, envolve todas as lesões oriundas do atuar médico, englobando também o atuar culposo. A segunda, também envolve lesões oriundas do atuar médico, mas neste caso, o médico atua corretamente, atua obedecendo todas as regras técnicas necessárias e adequadas. Mesmo assim, ocasiona lesão ao paciente. Diante disto se ver que do atuar médico, haverá situações em que a sua conduta gerará lesões inevitáveis ao paciente, mesmo o profissional atuando de maneira eficaz e correta. Neste caso, não é justo e nem possível culpar o médico e querer responsabilizá-lo. Situações outras ocorrerão em que o médico, revestido por uma conduta imprudente, negligente e imperita, ocasionará lesões ao doente, tornando-o responsável pelo dano. Esta última situação se relaciona com a iatrogenia *lato sensu* onde podemos adequar o erro médico.

Erro médico deve ser entendido como o atuar negligente, imprudente e imperito do médico. Através de tais condutas o médico desvia do correto procedimento e acaba gerando um resultado indesejado, que por sua vez, ocasiona um prejuízo para o paciente. É através do erro médico que passa a se questionar a responsabilidade da conduta culposa do mesmo.

Segundo Gagliano e Pamploma Filho (2008, p. 220): “O erro médico é, em linguagem simples, a falha profissional imputada ao exercente da medicina”. Diante disso, se entende que o erro médico está relacionado com uma conduta incorreta praticada por um profissional médico no exercício de seu ofício.

A doutrina tradicional costuma diferenciar erro médico do erro profissional, assim também tem se posicionado alguns doutrinadores: Nas palavras de Venosa (2012, p. 147): “O erro profissional ocorre quando a conduta médica é correta, mas a

técnica empregada é incorreta. Haverá imperícia, ensejadora da culpa quando a conduta médica é incorreta”. Quanto ao erro profissional Stoco (2011, p. 661) Complementa: “Significa que o médico aplica corretamente uma técnica ruim ou de resultado duvidoso, embora aceita e preconizada”. Assim, deve-se analisar separadamente a conduta do médico e o procedimento técnico por ele adotado e conclui que o médico, diante do erro profissional, se porta de maneira correta, porém, a técnica utilizada pelo mesmo é considerada incorreta. Diante do erro médico, se entende que a conduta em si do profissional é considerada falha.

Sem fazer distinção entre os termos erro médico e erro profissional, Gomes (2009, p. 28) assim conceitua: “Erro profissional, em suma, erro médico, é o dano provocado no organismo humano pela ação/inação do médico”. Conclui-se que o erro médico está relacionado com a conduta do profissional da área de saúde, o médico, este atua em desconformidade com as regras técnicas, podendo ser através de uma ação ou omissão e que gera um dano ao paciente, ao seu organismo.

Com relação ao erro médico existem vários diplomas da nossa legislação que versam sobre o assunto. O artigo 186 do Código Civil de 2002 relata: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Segundo o Código de Ética Médica: “É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. Já o artigo 11 do Decreto-lei nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, cita: “Os médicos, (...) que cometerem falta grave ou erro de ofício, poderão ser suspensos do exercício de sua profissão pelo prazo de seis meses a 2 anos e, se exercerem função pública, serão demitidos dos respectivos cargos”. Assunto este também citado em outros diplomas.

Existem diferentes situações onde se pode constatar a presença do erro médico, Diniz (2007, p. 301) aponta os seguintes exemplos: fazer uma operação não urgente, sem a utilização do instrumento necessário; deixar algum corpo estranho no organismo do doente; manter, sem necessidade, o paciente em tratamento radiológico, vindo este a provocar alguma consequência danosa ao organismo do paciente, dentre outros. Com estes exemplos se observam a quantidade possível de casos em que poderá ser verificado erro médico, situações que muitas das vezes geram consequências irreparáveis. Por meio de uma regra técnica empregada incorretamente ou de uma falha cometida sem a devida cautela pelo profissional

médico poderá ocorrer dano ao paciente, que buscará através da responsabilização civil do profissional a reparação do mal sofrido, seja ele de ordem moral ou de ordem material.

Bastante explicativa é a explanação feita por Petroni, apud Jardim (2009), que com relação à dificuldade de identificação do erro médico esclarece de forma clara os problemas encontrados, uma vez que, há o envolvimento de vários fatores:

A medicina é uma atividade de meio e não de resultado. A identificação de um erro médico pode ser muito difícil, já que alguns procedimentos, como no caso das cirurgias, são naturalmente arriscados e o médico, por mais preparado que seja, não tem como prever de forma o organismo do paciente irá reagir. Essa afirmação pode causar um certo impacto, mas há decisões judiciais que têm considerados fatores imprevisíveis e imponderáveis pelo cirurgião plástico, os quais podem levar a um resultado pior que o desejável pelo paciente, mas que não imputam culpa ou falha no exercício profissional. Os médicos seguem protocolos clínicos de atendimento capazes de oferecer ao paciente tratamento adequado. Não há que se exigir de um médico que faça elucubrações, como no caso de pedir exame laboratorial muito específico para checar se um paciente se encaixa numa estatística de casos raríssimos. Outra situação frequente é a de pacientes que procuram tratamento quando suas doenças já estão em estágio bastante avançado, o que naturalmente reduz as chances de sucesso da intervenção médica. Mesmo assim, pacientes e seus parentes, em caso de óbito daqueles tendem a achar equivocadamente que houve erro médico. Outras vezes o paciente, até por estar deprimido com seu grave quadro clínico, não fornece ao médico em relato preciso do que está sentindo ao longo do tratamento, o que poderia ajudar o profissional que o atende a mudar as rotinas adotadas. Nesses casos emblemáticos, o médico não pode ser acusado de negligente ou imperito.

Com isso se percebe que somente diante do caso concreto é que será possível caracterizar o erro médico, e ainda assim se verifica a presença de fatores que dificultam o seu apontamento. Através do estudo e análise real do fato e das provas é que será mais bem detectado e apontado o erro médico, assim como melhor apontado à responsabilidade do médico diante do fato visível analisado.

3.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil médica, responsabilidade esta aplicada nos casos em que se verifica a culpa em sentido estrito por parte do profissional médico, poderá

ser contratual, quando advinda de um contrato, ou seja, quando a relação médico-paciente está regulamentada por um acordo; ou, extracontratual, quando a relação médico-paciente não está regida por um ajuste, ela surge independente da existência do mesmo. Se a relação estabelecida for contratual, poderá ainda ser de meio ou de resultado. A primeira, obrigação de meio, se relaciona com o atuar diligente, técnico e prudente do médico, sem contudo garantir o resultado, segundo esta, o médico não se obriga com o resultado em si, devendo tão somente agir conforme as normas técnicas e éticas pertinentes ao seu ofício. A obrigação de resultado se estabelece mediante um acordo onde o profissional se obriga a alcançar um resultado específico. Com relação a este assunto, a doutrina majoritária tem se posicionado no sentido de ser a responsabilidade civil médica contratual e com obrigação de meio.

3.4.1 Responsabilidade civil médica contratual e extracontratual

A relação médico-paciente poderá ser contratual, esta ocorre quando a mesma se origina de um contrato, e esse tem sido o posicionamento mais acatado pela doutrina, como também poderá existir relação médico-paciente extracontratual, quando não derivada do contrato, neste caso a responsabilidade civil do médico surge do ato ilícito praticado pelo médico.

Conforme o entendimento de Diniz (2007), mesmo não existindo formalmente um contrato, o mero atendimento que o médico faz a um enfermo já caracteriza e cria uma relação contratual, para a autora sempre se terá um contrato diante da relação médico-paciente. Afirma Diniz (2007, p. 296): “Realmente nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão”. Ainda neste sentido de que a responsabilidade civil médica é contratual Cavaliere Filho (2010) acrescenta que este contrato será do tipo *sui generis*.

Existem doutrinadores que preferem não diferenciar a responsabilidade contratual da extracontratual com respeito à responsabilidade civil médica. Afirmam

que caso ocorra culpa independente do tipo de responsabilidade estabelecido nasce o dever de indenizar. É assim o pensamento de Venosa (2012, p. 143) que explica:

A doutrina tradicional discute o caráter contratual dessa responsabilidade, procurando afastá-la da responsabilidade aquiliana. Como já assentamos, inexistente diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer prisma, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. Contudo, existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou descumprimento, ou o inadimplemento parcial ou mora. Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato. Destarte, a responsabilidade contratual e extracontratual surgem quase sempre concomitantemente.

Em regra, em se tratando de contrato médico o mesmo poderá ser considerado como obrigação de meio e em algumas situações específicas será analisado como obrigação de resultado. A obrigação de meio se caracteriza pelo fato de o médico realizar com destreza sua atividade sem garantir o resultado, já no segundo caso, o médico se obriga a alcançar o resultado, como exemplo, as cirurgias plásticas.

Importante destacar que embora a natureza da responsabilidade médica seja contratual e de meio, ela deverá ser provada através da culpa, deve-se provar que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia para que o mesmo seja responsabilizado.

O médico poderá também ser responsabilizado extracontratualmente, e isso se dará como bem exemplifica Diniz (2008, p. 296) quando:

O médico, p. ex., responderá extracontratualmente quando: a) fornecer atestado falso; b) consentir, podendo impedir, que pessoa não habilitada exerça a medicina; c) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhoria nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente (RT, 180:178).

Observa-se que o médico poderá ser responsabilizado também extracontratualmente, ou seja, quando o dano gerado advir de uma relação não amparada por um contrato, como apontado pelos exemplos acima. Além dos

exemplos citados também podemos perceber a responsabilidade extracontratual do médico nas seguintes situações: quando o mesmo assina o livro de plantão sem ter ido trabalhar; quando assina o livro e ganha por procedimento como participante de determinada equipe médica que efetivou uma operação sem realmente ter participado do procedimento; ou até mesmo quando deixa um enfermeiro desempenhar funções inerentes ao seu ofício, dentre outros exemplos.

3.4.2 Responsabilidade civil médica subjetiva e objetiva

Com relação à responsabilidade civil do médico, profissional liberal, se aplica a teoria subjetiva. Sendo assim, para que o mesmo venha ser responsabilizado necessário se faz a comprovação da culpa. Além do artigo 186 do Código Civil de 2002, possui também como fundamento jurídico o artigo 951 do nosso atual Código que diz:

O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Como também o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor que diz: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Com relação ao profissional liberal, Lisboa (2001, p. 251) apresenta o seguinte conceito: “Profissional liberal é a pessoa física que desempenha atividade remunerada em favor de outrem, sem manter perante aquele que o remunera qualquer vínculo de subordinação”. Diante disso se verifica que tanto o Código Civil de 2002 como também o Código de Defesa do Consumidor estabelecem a responsabilidade civil do médico baseada na culpa, repousada na teoria subjetiva.

Portanto, para que haja a responsabilidade do médico se faz necessária a presença dos elementos que compõem a responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão do agente; culpa do agente; relação de causalidade e o dano. E como se trata de responsabilidade civil por erro médico, se aplica a teoria subjetiva, que

exige a comprovação da culpa na modalidade de negligência, imprudência ou imperícia, por parte da vítima para que se possa falar em responsabilidade do médico, e com isso surja para o mesmo a obrigação do pagamento da indenização. Caso não seja comprovada a culpa que originou a lesão ao paciente, não ensejará a reparação, ficando a vítima no prejuízo e destinando o fato a desventura.

Caberá a vítima ou aos seus sucessores a comprovação da culpa, porém, o Código de defesa do Consumidor, que como já foi dito se aplica também nas relações médico – paciente estabelece no artigo 6º e inciso VIII a possibilidade de inversão do ônus da prova para que seja facilitado ao paciente a defesa dos seus direitos, quando evidenciada a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do autor. Pelo artigo 6º e inciso VIII do CDC, tem-se que:

A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Oportuno observar que a possibilidade de aplicar a inversão do ônus da prova ficará a critério do juiz, o mesmo decidirá diante da verossimilhança da alegação ou até mesmo quando o consumidor se mostrar hipossuficiente, seja esta técnica ou alguma outra demonstrada.

Com relação à responsabilidade objetiva, temos sua aplicação fundamentada através da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, como também o Código de defesa do consumidor, em seu artigo 14. Segundo estes dispositivos, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, assim como as prestadoras de serviços em geral, são responsabilizadas civilmente mediante a teoria objetiva. Aqui se enquadram os hospitais, as clínicas, as casas de saúde, os laboratórios, sem excluir outros. Com isso, o consumidor não precisa comprovar a culpa da prestadora de serviços, deverá tão somente demonstrar o dano sofrido em decorrência do serviço usado. Pois, nas situações nas quais se aplica a teoria objetiva da responsabilidade civil existirá a obrigação de reparar o dano independente da demonstração da culpa.

3.5 ANÁLISE DA REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DO ERRO MÉDICO

Ocorrendo a lesão e ficando comprovado que realmente o médico é culpado, deverá o mesmo arcar com as consequências. Diante disso, oportuno entender um pouco sobre o dano e a sua reparação.

Como forma de reparação do prejuízo o artigo 402, do atual Código Civil estabelece: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Pelo artigo se percebe que a vítima terá direito ao que efetivamente perdeu com a lesão sofrida, se trata do dano emergente, como também terá direito ao lucro cessante, ou seja, o que razoavelmente deixou de ganhar. Com relação ainda as perdas e danos o artigo 404, também do Código Civil de 2002, complementa:

As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Quando a conduta comprovadamente culposa do médico ocasionar a morte do paciente, deve o mesmo ser responsabilizado a pagar a indenização com base no que é estabelecido no artigo 948 do atual Código Civil que diz:

No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Diante do caso de homicídio, o artigo estabelece que o valor da indenização inclua as importâncias referentes ao que foi gasto no tratamento da vítima, ao que foi gasto na ocasião do funeral, sem se esquecer do luto da família. O luto da família abrangerá todas as despesas relacionadas aos serviços religiosos, como por exemplo, missa de sétimo dia, poderá incluir as despesas com as roupas pretas usadas pelos familiares, conhecidas por vestes fúnebres, se assim for o costume da família, com também poderá se referir, como já têm entendimentos na doutrina, ao

dano moral sofrido pela família através da dor e tristeza presentes diante da situação vivida.

Irá também fazer parte da indenização a pensão devida às pessoas que dependiam financeiramente da vítima. Será incluso, portanto, a pensão que garantirá a prestação de alimento às pessoas a quem o morto os devia. Para se estabelecer a duração da mesma deve ser levada em consideração a duração provável da vida da vítima, ou seja, deverá analisar quanto tempo ainda viveria se não tivesse morrido naquela ocasião, calcula a expectativa de vida, para então calcular até quando será devido o pagamento da indenização. Quanto ao assunto em estudo explica Venosa (2012, p. 329):

Quanto à duração da pensão, leva-se em consideração a vida presumível do morto. A jurisprudência tem entendido que esse limite é a idade presumida de 67/70 anos. Há tendência de que essa expectativa de vida em nosso país seja mais elevada, o que deverá majorar essa probabilidade. A pensão é devida aos menores até que estes atinjam a maioridade, ou até os 24/25 anos, quando presumivelmente se casam ou concluem curso universitário e estabelecem-se fora do lar.

Entende-se que mesmo se tratando de morte de pessoas menores de idade é admitida a indenização por pensão uma vez que se leva em consideração a aptidão laborativa que o menor teria se estivesse vivo e se estabelece levando em conta o provável tempo que o mesmo permaneceria dentro de casa, contribuindo com o sustento do lar, apontando à doutrina a idade de 25 anos, idade onde provavelmente passaria a viver independente da família. Com isso estabelece a súmula 491 do STF estabelece: “é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. Assim, entende o STF que mesmo o menor não exercendo nenhum tipo de trabalho remunerado, mesmo assim a indenização é cabível.

Ainda com relação ao homicídio, lesão corporal ou ofensa à saúde do paciente se aplica o disposto no artigo 951 do Código Civil que diz:

O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

O artigo 944 do CC/02 estabelece que: “a indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Com isso se entende que para se calcular a indenização deverá ser analisada a gravidade, a extensão do dano, mas, se houver exagerada desproporção entre a gravidade da culpa e o dano sofrido, o juiz poderá reduzir a indenização tomando por base a equidade. Com relação ao parágrafo único do artigo em questão Gonçalves (2010, p. 425) explica: “Assim, poderá o juiz fixar a indenização que julgar adequada ao caso concreto, levando em conta, se necessário, a situação econômica do ofensor, o grau de culpa, a existência ou não de seguro e outras circunstâncias”. Lembrando que o prejuízo poderá ser tanto material como também moral, existindo situações em que poderá ocasionar as duas espécies de dano como já estudado anteriormente.

Da atitude imprudente do médico poderá ser gerada uma lesão ao paciente ou outro tipo de ofensa à saúde do mesmo, neste caso se aplica o estabelecido nos artigos 949 e 950 também do Código Civil de 2002 que explica como será a indenização quando se tratar de lesão ou ofensa à saúde.

O art. 949 diz: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Neste caso a indenização será devida tão somente enquanto durar a recuperação do ofendido. Quando este obtiver a cura, cessará a indenização. Esta abarcará todas as despesas necessárias ao processo de tratamento e cura do ofendido, além disso, incluirá o que razoavelmente o lesado deixou de ganhar. Ainda possível à inclusão na indenização de outro prejuízo, caso o mesmo exista e seja provado pelo prejudicado, como por exemplo, a existência do dano moral, se comprovado deverá ser também incluído para que se estabeleça a indenização sobre o mesmo.

O artigo 950 do Código Civil de 2002 estabelece que a indenização deva incluir pensão caso a ofensa gere deformação no ofendido chegando o mesmo de ser impedido de voltar a trabalhar ou diminua a sua capacidade laborativa. Também fará parte da indenização todas as despesas necessárias no tratamento do prejudicado, além dos lucros cessantes. Será possibilitada ao lesado escolher que a indenização seja paga de uma única vez. Assim diz o artigo:

Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Com relação à pensão, esta deve ser calculada com base no salário mínimo estabelecido ao tempo da sentença é o que afirma a súmula 490 do STF “a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”. Ainda sobre pensão Venosa (2012) entende que a pensão conterà o 13º salário tendo como respaldo o princípio de que a indenização deverá ser ampla.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO E O SEU TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL

De inegável importância tem sido o entendimento dos nossos juízes a respeito de assuntos que rotineiramente são levados aos tribunais pela nossa sociedade. Estes entendimentos formam a jurisprudência e esta serve de modelo para que os juízes julguem de modo semelhante casos que possuem matérias também semelhantes ou idênticas.

A jurisprudência tem sido entendida como o agrupamento de decisões tomadas pelos tribunais ao fazerem a interpretação e aplicação da lei aos casos concretos que lhe são apresentados e que se tornam modelo para futuras decisões que versem sobre o mesmo tema. Devido ao valor que a jurisprudência possui no ordenamento jurídico pátrio, passaremos a analisar qual tem sido o entendimento jurisprudencial dos nossos tribunais mais atual quando se trata de responsabilidade civil por erro médico.

4.1 O PARECER DO PROCURADOR DUPIN

Primeiramente é oportuno relatar um exemplo que demonstra a importância que possui as jurisprudências para o mundo jurídico, uma vez que, as mesmas tornam-se exemplo diante do julgamento de outras lides cujas matérias possuam semelhanças entre si, como também poderá se tornar modelo para as decisões de tribunais de outros países como aconteceu com o caso que se verá adiante.

Narra Pacheco, apud Kfoury Neto (2001, p. 45), um acontecimento bem interessante que ocorreu na França, no ano de 1832, segundo ele, o Tribunal de Domfront condenou o médico Dr. Helie ao pagamento de 200 francos, considerando que o mesmo agiu imprudentemente, esta decisão modificou o entendimento dos tribunais da época, uma vez que neste período existia uma espécie de imunidade destinada aos médicos, onde os mesmos só seriam responsabilizados moralmente e somente nas situações de evidente erro grotesco.

Assim descreveu-se o ocorrido:

O caso em resumo, foi o seguinte: O Dr. Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação, a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça francesa.

A sociedade dividiu-se. A Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, solicitada pelo Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época. O resultado do laudo foi o seguinte: 1. Nada provado que o braço fetal estivesse macerado; 2. Nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; 3. Não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; 4. A operação realizada pelo Dr. Heliedeverá ser considerado como uma falta grave contra as regras da arte.

Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia impugnou-o e outro é emitido por outros médicos, que chegam a conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia.

Como visto, o texto relata um caso bem instigante que ocorreu na França, tal acontecimento mudou a maneira de pensar dos tribunais Franceses, inovando em termos de responsabilidade médica. Passando, a partir de então, a se questionar cada vez mais sobre a conduta que tem sido adotada pelos médicos no exercício de sua função e as possíveis consequências surgidas através desta conduta. Em conclusão, o enunciado do parecer do Procurador-Geral Dupin, procurador do caso em estudo, tornou-se um marco, pois, foi considerado um pioneiro no sentido de ter adotado uma postura diferenciada das jurisprudências difundidas da época acerca do assunto responsabilidade civil médica. Segundo Dupin, apud Kfoury Neto (2001, p. 45):

(...) do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa.

A partir de então, caso se verificasse que houve negligência, leviandade, engano grosseiro por parte do médico, o mesmo deveria responder pelos seus atos. E foi o que aconteceu com Dr. Helie, na sua conduta se constatou que o mesmo agiu com falta grave, ao ter amputado desnecessariamente os membros do feto ao fazer o trabalho de parto. Com isto ele não foi responsabilizado apenas moralmente, ele foi condenado a pagar uma indenização em dinheiro aos familiares da vítima.

4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DAS SEGUINTE MATÉRIAS: ERRO MÉDICO, CULPA, NEXO CAUSAL, NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA, ERRO PROFISSIONAL, ÔNUS DA PROVA E O DEVER DE INFORMAÇÃO

A responsabilidade civil envolve um conteúdo bem amplo. No primeiro capítulo ficou explanada a parte geral desta matéria. Já no segundo capítulo, este mesmo assunto foi abordado em específico referente ao erro médico. Neste tópico, serão abordadas algumas jurisprudências que se relaciona com os principais pontos do tema em estudo. Serão analisadas sob a vertente dos nossos tribunais as seguintes questões: erro médico, culpa, nexos causal, natureza da responsabilidade civil médica, erro profissional, ônus da prova e dever de informação. Com isso será mostrado de forma explicativa como tem se posicionado os nossos tribunais a respeito destas matérias que estão enquadradas e diretamente relacionadas com o objeto do nosso estudo.

4.2.1 Entendimento jurisprudencial acerca do erro médico

O erro médico estará configurado quando o médico atuar de maneira negligente, imprudente e imperita. Através de tais condutas o médico desvia do correto procedimento e acaba gerando um resultado indesejado, que por sua vez, ocasiona um prejuízo para o paciente.

É através do erro médico que passa a se questionar a responsabilidade do comportamento culposo do mesmo. Então, para que esta conduta seja reprimida deve-se levar em conta e analisar na postura do médico, se o mesmo agiu através da ação ou omissão; por se enquadrar na teoria subjetiva, deverá ser comprovado que o médico agiu com culpa em sentido estrito; analisar se houve realmente uma ligação entre o médico e o dano sofrido pela vítima; e se verdadeiramente ocorreu um dano, um prejuízo ao paciente, pois a indenização só será cabível se ocorrer o dano.

Como estudado, aos médicos se aplica a teoria subjetiva, segundo ela o médico só será responsabilizado se ficar comprovado à culpa do mesmo, caso contrário, ele não ficará obrigado a reparar o dano, como se percebe pela leitura do seguinte acórdão:

ERRO MÉDICO - AUSÊNCIA DE CULPA - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO - RECURSO IMPROVIDO. "Não havendo culpa do estabelecimento ou do profissional de saúde, descabe indenização por erro médico". (9091328192004826 SP 9091328-19.2004.8.26.0000, Relator: Thales do Amaral, Data de Julgamento: 18/04/2011, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/04/2011)

Com se percebe, a jurisprudência tem sido clara no sentido de que havendo ausência da culpa, não haverá cabimento para a indenização.

Indenização Erro médico - A responsabilidade do médico é subjetiva, conforme demonstra o art. 951 do Código Civil, e o art. 14, § 4º, do C.D.C.951Código Civil14§ 4ºC.D.C.- No presente caso, a não comprovação do erro médico rompe onexo causal, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva, hipótese esta em que a pessoa jurídica responde pelo dano sem culpa - A incontinência urinária que acomete o apelante, segundo laudo, é resultante da "intercorrência" médica Apelo desprovido (Voto 24955) (314833320048260576 SP 0031483-33.2004.8.26.0576, Relator: Ribeiro da Silva, Data de Julgamento: 03/10/2012, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/10/2012)

Não se provando a culpa do médico não será possível condená-lo por erro médico, conseqüentemente não será admissível o pagamento da indenização.

Um dos artigos do Código Civil de 2002 que fundamenta a responsabilidade do médico como subjetiva é o artigo 951 além deste o § 4º do artigo 14 do CDC também confirma a aplicação da teoria subjetiva quando se tratar de erro médico. Como visto através do julgado acima citado, a não comprovação do erro médico

quebra o nexo causal, e sem o nexo não se pode estabelecer a responsabilidade civil do médico.

4.2.2 Entendimento jurisprudencial acerca da culpa

A culpa que deverá ser provada em casos de erro médico é a culpa em sentido estrito, ou seja, aquela caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia. O médico deverá atuar comprovadamente através de qualquer uma dessas modalidades para que venha ser responsabilizado. Caso se verifique alguma dessas condutas no desempenho do médico caracterizando o erro médico, o mesmo será responsabilizado pelos seus atos e pelas consequências que surgirem do seu comportamento. Assim tem sido o entendimento dos tribunais:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE MEIO - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA : - Mostra-se indispensável, no caso de ação para responsabilização por erro médico, a realização de perícia, a fim de constatar a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia do profissional, uma vez que sua culpa não pode ser presumida RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp. 20090042940 AM 2009.004294-0, Relator: Des. Domingos Jorge Chalub Pereira, Data de Julgamento: 24/09/2012, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 04/10/2012)

Como dito, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, ou seja, é necessária a comprovação inconteste da culpa. Deve-se buscar analisar a conduta do médico, através de sua ação ou omissão, verificando a culpa na modalidade de negligência, imprudência ou imperícia, a demonstração do nexo causal entre a conduta do mesmo e o prejuízo suportado pela vítima, além da demonstração do dano. Cabe a vítima, e quando não for possível, caberá aos sucessores da mesma, a comprovação que o profissional agiu mediante a culpa.

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Erro médico. A obrigação de reparar por erro médico exige a comprovação de que o profissional tenha agido com imperícia, negligência ou imprudência, além da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta médica e as consequências lesivas à saúde do paciente, sem o que não se pode atribuir responsabilidade civil. O conjunto probatório não autoriza a conclusão de

que o serviço médico foi culposamente mal prestado ou mesmo que o atendimento hospitalar oferecido tenha contribuído de qualquer forma para os problemas de saúde apresentados pelo falecido Igor. Apelo não provido.(STJ REsp. 70047103841 RS , Relator: Ney Wiedemann Neto, Data de Julgamento: 31/05/2012, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/06/2012)

Como se percebe, a obrigação de reparar o dano causado por erro médico está ligada com a comprovação de culpa em sentido estrito, além da comprovação de todos os elementos que caracterizam a responsabilidade civil médica.

Neste sentido segue mais um julgado:

CIVIL - PROCESSO CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - AUSÊNCIA - PUBLICIDADE ENGANOSA - AUSÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. - O ARTIGO 3º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AFASTA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL QUANDO NÃO VISLUMBRADO QUALQUER DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. - NA HIPÓTESE DOS AUTOS, NÃO SE DEMONSTRA QUALQUER ERRO MÉDICO, DIANTE DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE APONTEM A OCORRÊNCIA DE IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA OU NEGLIGÊNCIA, EVIDENCIANDO-SE QUE A CONDUITA MÉDICA ESTEVE DENTRO DOS PARÂMETROS EXIGIDOS, MESMO DIANTE DA COMPLICAÇÃO PÓS-OPERATÓRIA APRESENTADA PELO PACIENTE.3ºCÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (STF. RE 485683420078070001 DF 0048568-34.2007.807.0001, Relator: LECIR MANOEL DA LUZ, Data de Julgamento: 08/02/2012, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 16/02/2012, DJ-e Pág. 58)

Como visto pelos julgados, não foi possível destacar da conduta médica a negligência, a imprudência e a imperícia descaracterizando o erro médico e consequentemente descaracterizando a responsabilidade civil do médico de reparar o dano.

Ao médico se aplica a teoria subjetiva, mas quando se trata da responsabilidade dos hospitais a estes se aplica a teoria objetiva, onde não há necessidade de demonstração da culpa. Esta teoria possui como fundamentação jurídica a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, como também o Código de defesa do consumidor, em seu artigo 14.

Neste sentido observemos a seguinte jurisprudência:

Indenização por danos morais Improcedência Responsabilidade do hospital pelos serviços prestados pelos seus médicos é subjetiva - Erro médico Inexistência Procedimento cirúrgico realizado em observância à boa técnica e dentro dos padrões médicos Ausência de negligência, imprudência e imperícia RITJSP 252 Inteligência - Recurso improvido. A responsabilidade

dos hospitais somente será objetiva no que tange aos serviços relacionados com o estabelecimento empresarial, como instalação e equipamento. No que tange aos serviços prestados pelos médicos, a responsabilidade é subjetiva, vale dizer, depende da prova de erro médico. (STJ RE 78757120068260079 SP 0007875-71.2006.8.26.0079, Relator: Jesus Lofrano, Data de Julgamento: 30/10/2012, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/10/2012)

A responsabilidade dos hospitais frente aos danos advindos da prestação de serviços pelos mesmos oferecidos é objetiva. O consumidor deverá demonstrar tão somente o prejuízo e que este se originou dos serviços ofertados pelo hospital. Diferentemente da responsabilidade dos médicos que deve ser comprovada através da culpa, o paciente deverá provar que o profissional agiu mediante erro médico.

4.2.3 Entendimento jurisprudencial acerca do nexa causal

A relação de causalidade é, pois, imprescindível, é necessário que haja uma ligação direta entre o dano e o agente, inexistindo este liame também inexistirá a obrigação de indenização.

Este tem sido o posicionamento adotado pelos tribunais como se pode observar da leitura da seguinte jurisprudência:

DANO MATERIAL E MORAL Ação de reparação de danos fundada em erro médico Indenização por erro médico pressupõe a comprovação da culpa do profissional e do nexa causal entre o procedimento médico e o dano experimentado pelo paciente Médico contrata obrigação de meio e não de resultado Perícia afastou a caracterização de erro médico Ausência de demonstração de nexa causal entre o evento danoso e a conduta do réu Perícia realizada pelo IMESC, instituto de reconhecida idoneidade - O fato de não atender aos interesses da parte não enseja a realização de nova perícia Demanda improcedente Recurso improvido. (184891220058260002 SP 0018489-12.2005.8.26.0002, Relator: Paulo Eduardo Razuk, Data de Julgamento: 14/02/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/02/2012).

Concluiu-se que mesmo existindo a ação ou omissão do profissional, este elemento não é suficiente para caracterizar a obrigação de reparar o dano.

Além deste elemento deverá ser devidamente constatado a culpa do médico além da verificação indispensável do liame que une a conduta do profissional ao evento danoso, é necessário a verificação de tais elementos em conjunto para que se afirme que houve erro médico e assim tem sido o entendimento dos nossos tribunais como visto pela análise das jurisprudências aqui expostas acerca do tema responsabilidade civil por erro médico. É o que também se observa a partir da leitura do seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA QUE DEPENDE DA COMPROVAÇÃO DE CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A CONDUTA DO MÉDICO - PERÍCIA MÉDICA REALIZADA QUE AFASTA A CULPA E O NEXO DE CAUSALIDADE - INEXISTÊNCIA DE ERRO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO DE APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (8359644 PR 835964-4 (Acórdão), Relator: Denise Kruger Pereira, Data de Julgamento: 01/03/2012, 8ª Câmara Cível)

Pela leitura do julgado acima citado, mais uma vez se percebe a necessidade da comprovação da culpa do profissional médico, pois é sabido que a responsabilidade civil médica segue a teoria subjetiva.

A alegação de que ocorreu o erro médico deverá vir acompanhada da comprovação da culpa e também do nexo causal, feito a perícia médica e vindo esta afirmar a ausência da culpa e do nexo causal, afastada ficará a hipótese de erro médico. Como se verifica também através da leitura dos seguintes acórdãos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PACIENTE GRAVEMENTE DEBILITADO. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS. HEMODIÁLISE E EXAMES. ÓBITO QUE NÃO TEM RELAÇÃO CAUSAL COM O ATENDIMENTO REALIZADO PELAS MÉDICAS. AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO CAUSAL E ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. A ausência de prova segura do erro médico no óbito do paciente afasta o dever de indenizar. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (9033649 PR 903364-9 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 28/06/2012, 10ª Câmara Cível)

Ocorrendo o dano não significa necessariamente que o mesmo se originou de um erro médico, é necessário se provar além do prejuízo, a relação que existe entre a lesão sofrida pela vítima e a conduta adotada pelo profissional.

Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos fundada em erro médico. Obrigação de meio e não de resultado. Perícia afastou a caracterização de erro médico. Ausência de demonstração denexo causal entre o evento danoso e a conduta do hospital réu. Sentença de improcedência mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Artigo 252 do RITJSP. Agravo retido não conhecido e apelo não provido. (1044559520098260100 SP 0104455-95.2009.8.26.0100, Relator: Roberto Maia, Data de Julgamento: 23/10/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/10/2012)

Como não foi possível a verificação do nexo causal da análise dos acórdãos acima mencionados, descaracterizado se torna o erro médico. E sem comprovação de erro médico não se pode falar em indenização, como já analisado.

Mas, caso se comprove o nexo causal, além de todos os elementos que caracteriza a responsabilidade civil, devida será a indenização como se observa pelos seguintes julgados:

Ordinária Indenização por danos estéticos e morais Alegação de erro médico Nexo causal constatado por perícia Indenização corretamente fixada Devida a redução dos honorários art. 20, § 4º do CPC. Recurso parcialmente provido.20§ 4º CPC (1489492520078260000 SP 0148949-25.2007.8.26.0000, Relator: Eduardo Gouvêa, Data de Julgamento: 03/10/2011, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 06/10/2011)

Pelos acórdãos acima e abaixo citados se constata a comprovação do nexo causal. Necessário é a constatação do mesmo, de modo a ser considerado indispensável para caracterizar a responsabilidade civil do médico.

Responsabilidade civil Erro médico comprovado Culpa e nexo causal evidenciados Dano material mantido da forma fixada na sentença Danos morais também mantidos Recursos improvidos. (6322823920008260100 SP 0632282-39.2000.8.26.0100, Relator: José Luiz Gavião de Almeida, Data de Julgamento: 29/11/2011, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/12/2011)

Pela leitura do julgado acima citado se percebe nitidamente que estando à responsabilidade civil e o erro médico comprovado, evidenciados também estão à culpa e o nexo causal. Dando cabimento a reparação do dano, seja este moral ou material.

4.2.4 Entendimento jurisprudencial acerca da natureza da responsabilidade civil médica

A relação médico-paciente possui natureza contratual, trata-se de uma obrigação de meio e não de resultado. Com relação a este assunto assim tem sido o entendimento dos nossos tribunais verificado através da seguinte jurisprudência:

Responsabilidade Civil Erro médico Fratura - Obrigação de meio Atuação culposa não demonstrada Ausência denexo causal - Recurso desprovido. (RE 50219120058260224 SP 0005021-91.2005.8.26.0224, Relator: Maria Laura Tavares, Data de Julgamento: 12/11/2012, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 22/11/2012)

Pela leitura do julgado acima citado, se verifica claramente que por se tratar de responsabilidade civil mediante o erro médico caracterizado ficou como obrigação de meio.

Por se versar de uma obrigação de meio o médico não se obriga a alcançar o resultado, porém, deve se esforçar para obtê-lo. É o que se percebe através da leitura dos seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ação de indenização por danos morais por ERRO MÉDICO - filhos dos Autores que veio a falecer durante internação no estabelecimento da ré - requerentes que sustentam erro médico por parte do corpo clínico da requerida - laudo pericial que concluiu que os profissionais agiram dentro dos procedimentos estabelecidos pela literatura médica - obrigação médica de proporcionar todos os meios de cura, porém sem obrigação pelo resultado por trata-se de atividade meio - ausência de ato ilícito indenizável e de prova das alegações - Sentença de improcedência. RECURSO IMPROVIDO. (2797340720098260000 SP 0279734-07.2009.8.26.0000, Relator: Neves Amorim, Data de Julgamento: 18/12/2012, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/01/2013)

Pelo julgado acima citado se observa que o médico não será responsabilizado por não ter conseguido, por exemplo, curar o paciente que estava sob seus cuidados, uma vez que agiu com a devida prudência inerente a sua atividade. Isso se dá porque se trata de obrigação de meio. Neste sentido,

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA QUE

DEPENDE DA COMPROVAÇÃO DE CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A CONDUTA DO MÉDICO - PERÍCIA MÉDICA REALIZADA QUE AFASTA A CULPA E O NEXO DE CAUSALIDADE - INEXISTÊNCIA DE ERRO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO - PRECEDENTES DOS SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO DE APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (8359644 PR 835964-4 (Acórdão), Relator: Denise Kruger Pereira, Data de Julgamento: 01/03/2012, 8ª Câmara Cível)

Estar classificado como obrigação de meio não significa dizer que o médico nunca será responsabilizado, pois não se compromete ao resultado. O médico deverá agir independentemente do tipo de obrigação com a devida cautela e prudência. Se presentes os elementos que caracterizam a responsabilidade civil, o mesmo será sim responsável, embora não se comprometa com o resultado, mas se compromete em agir prudentemente perante seu ofício. Pelo julgado se percebe que foi afastado a culpa e o nexo causal, portanto descaracterizado ficou o erro médico.

4.2.5 Entendimento jurisprudencial e o erro profissional

Segundo os doutrinadores Cavaliere Filho (2010), Venosa (2012) e Stoco (2011), o erro profissional ocorrerá quando a conduta empregada pelo médico é correta, está certa, porém a técnica é utilizada incorretamente. Já no erro médico ocorrerá o contrário, a técnica neste caso é correta, porém o comportamento do médico é incorreto. Por erro médico, o profissional deverá ser responsabilizado, já em si tratando de erro profissional, dependendo da situação será escusável. Também há entendimento nos tribunais que têm atentado para esta diferenciação.

É o que se percebe pela leitura da seguinte jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL ERRO MÉDICO E ERRO PROFISSIONAL DIFERENCIAÇÃO Autora original sofreu danos ao nervo safeno, decorrentes de cirurgia de safenectomia Lesões a esse nervo ocorrem em, aproximadamente, metade das cirurgias realizadas Técnica cirúrgica que, embora adequada, apresenta elevado risco de danos, mesmo quando há correta execução cirúrgica, caracterizado o erro profissional, e afastado o erro médico Não provada a imperícia, tampouco a negligência do médico Requerido Afastado o dever de indenizar SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO (RE 1502252420038260100 SP 0150225-24.2003.8.26.0100, Relator: Flavio Abramovici, Data de Julgamento: 25/09/2012, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/09/2012)

Neste acórdão se observa que se faz a diferença entre erro médico e erro profissional. O erro médico foi afastado porque não se provou a culpa do médico, nem por imperícia, como também não se provou que o médico agiu com negligência. Diante disto, afastado ficou o dever de indenizar por parte do médico. Nesta situação ocorre apenas o erro profissional, onde o médico se portou de maneira diligente, porém a técnica empregada foi incorreta. Como não houve erro na conduta médica, e sim na técnica, afastada ficou a responsabilidade do profissional como também o dever de indenizar.

4.2.6 Entendimento jurisprudencial e a inversão do ônus da prova

Claro tem sido o entendimento jurisprudencial quanto à possibilidade da inversão do ônus da prova diante da demanda que envolva a relação médico - paciente, é o que se percebe pela leitura do seguinte acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E TJRS. Tratando-se de relação tutelada pelas normas de direito do consumidor, admissível a inversão do ônus da prova, sobretudo quando caracterizada a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência técnica do consumidor. No caso concreto, em se tratando de ação de indenização por erro médico, há dificuldade técnica manifesta da parte autora em realizar a prova necessária para demonstrar a veracidade de suas alegações, frente à conduta empreendida pelo profissional médico, que detém conhecimento específico sobre o tema e, portanto, condições de provar que agiu com correção. Precedentes do STJ e do TJRS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, NA FORMA DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. (70049493216 RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 19/06/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/06/2012)

Pelo acórdão se percebe a possibilidade de inversão do ônus da prova, pois o enfermo é equiparado ao consumidor sendo então amparado pelo Código de Defesa do Consumidor. Foi concedida a inversão do ônus da prova tendo em vista a hipossuficiência técnica por parte do paciente em face do conhecimento notório que

o profissional possui acerca da ciência médica. Então, como visto, caberá ao médico demonstrar que agiu corretamente.

Agravo de Instrumento. Ação de Indenização. Erro médico. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Inversão do ônus da prova. Requisitos presentes. Decisão reformada. Recurso provido. Em se tratando de demanda proposta em face hospital e profissional médico, clara a hipossuficiência da ora agravante, devendo ser invertido o ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor (8985384 PR 898538-4 (Acórdão), Relator: Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, Data de Julgamento: 31/05/2012, 10ª Câmara Cível)

Neste julgado também se percebe que foi levado em consideração a hipossuficiente técnica do paciente, uma vez que o mesmo não possui noção sobre o assunto, ao contrário do médico que possui conhecimento específico sobre o tema, se encontrando numa posição mais favorável para demonstrar que se portou de maneira apropriada, de maneira correta.

4.2.7 Entendimento jurisprudencial e o dever de informação

O médico se submete ao dever de prestar as devidas informações ao paciente, para este, a informação é estabelecida como um direito seu. O enfermo tem o direito de ser bem informado quanto a tudo que tenha relação com sua doença e tratamento.

. Como se observa pela jurisprudência a seguir:

Apelação cível - Responsabilidade civil do Estado - Gravidez após a realização de laqueadura tubária - Indenização moral - Impossibilidade, método sujeito a índice de insucesso, ao qual a autora foi devidamente cientificada - Prova pericial produzida - Erro médico não caracterizado - Sentença mantida - Recurso improvido. (253638420068260161 SP 0025363-84.2006.8.26.0161, Relator: Marrey Uint, Data de Julgamento: 15/01/2013, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/01/2013)

O julgado deixa claro que a paciente foi devidamente informada do tratamento que a mesma seria submetida. A paciente estava ciente da possibilidade de

insucesso do método submetido, não houve violação do direito de informação, não sendo, portanto caracterizado a responsabilidade civil como também o erro médico.

Existem casos nos quais, talvez devido ao método que é utilizado pelo profissional ou até mesmo devido à gravidade da doença, estão sujeitos a um índice de insucesso. O paciente tem o direito de ser informado sobre qualquer procedimento que envolva seu quadro clínico e nos casos que envolvem índices de insucesso se torna ainda mais imprescindível o repasse de informações ao paciente para que ocorrendo o indesejado o médico não venha ser responsabilizado uma vez que atuou corretamente.

Caso se verifique que houve falha na prestação das informações necessárias e relacionadas com a doença e a terapia, ou se tais esclarecimentos não forem repassados ao paciente, poderá ser caracterizada a culpa do médico, como se pode perceber pela leitura da seguinte jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Erro médico Ação de indenização por danos morais Autora que se submeteu a cirurgia de esterilização pelo método da laqueadura, tendo porém engravidado novamente cerca de três anos depois Alegação de que não fora informada acerca da falibilidade do método O dever de informar a paciente a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes decorre de lei (art. 10 § 1º da Lei 9.263/1996)- Conquanto o réu, médico responsável pelo procedimento, haja sustentado que a autora teve acesso a tais informações, sequer tendo trazidos aos autos cópia dos prontuários médicos da autora ou do termo de consentimento informado que aduz haver sido por ela firmado Prova testemunhal, de mais a mais, que dá conta da ausência da devida cientificação da autora acerca da matéria Culpa do médico caracterizada Quantum indenizatório elevado para R\$ 10.000,00, com observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, na esteira de precedentes Ação procedente em parte Apelo da autora provido em parte, desprovido o do réu.10§ 1º9.263 (RE 129175120098260482 SP 0012917-51.2009.8.26.0482, Relator: Paulo Eduardo Razuk, Data de Julgamento: 14/02/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/02/2012)

Conforme o julgado acima mencionado, a paciente afirma que não fora avisada sobre a possível falha que o tratamento poderia apresentar, ou seja, sobre o índice de insucesso pertinente a tal tipo de tratamento a que foi submetida. O médico, por sua vez, afirma, mas não prova que a enferma realmente foi informada. Ficando, portanto, constatado a culpa do médico.

A matéria responsabilidade civil por erro médico já foi conceituada e analisada no capítulo anterior com uma fundamentação mais completa. Buscou-se neste capítulo explanar de forma clara como este tema tem sido entendido e aplicado

diante das demandas que envolvem qualquer relação com este assunto e que constantemente tem chegado aos tribunais. Buscou-se analisar como tem sido a aplicação da teoria que fundamenta a responsabilidade civil diante dos casos concretos presentes na sociedade. Se verificando que os julgadores têm acatado o entendimento doutrinário a respeito dos pontos que estão contidos dentro do tema objeto da nossa pesquisa. Pela leitura de todos os acórdãos acima citados se compreende nitidamente a confirmação do que está estabelecido pela doutrina de modo geral, ou seja, o entendimento jurisprudencial tem acompanhado o entendimento doutrinário quanto aos aspectos que caracterizam a responsabilidade civil por erro médico.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil por erro médico é um tema de indiscutível relevância, visto que, traz em análise as situações possíveis nas quais poderá ocorrer a responsabilidade civil do médico, quando o mesmo, através do seu atuar ocasionar uma falha conceituada de erro médico. O profissional se torna responsável civilmente se atuar através deste tipo de erro peculiar da profissão médica. O erro médico deve ser compreendido como o atuar negligente, imprudente e imperito do médico. Através de tais condutas o profissional desvia do correto procedimento inerente a sua arte e acaba gerando um resultado indesejado, que por sua vez, ocasiona um prejuízo ao paciente.

A responsabilidade civil está regulamentada no atual Código Civil no Título IX e Capítulo I, e se destacam os artigos 186 e 187 juntamente com o artigo 927 que relatam os elementos que caracteriza a responsabilidade civil assim como os artigos 948, 949, 950 e 951 que regula a responsabilidade civil dos profissionais, incluindo nestes a responsabilidade dos médicos.

Para se caracterizar a responsabilidade civil deve-se atender aos pressupostos necessários, que são: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano. Além destes requisitos, para que o médico seja responsabilizado civilmente imprescindível se faz a comprovação da culpa em sentido estrito, na modalidade de negligência, imprudência e imperícia, uma vez que aos médicos, profissionais liberais, se aplica a teoria subjetiva. Segundo esta, a culpa deverá ser comprovada para que o agente seja obrigado a reparar o dano gerado.

Quanto à natureza da responsabilidade médica já ficou verificado que se trata de um contrato, sem excluir a possibilidade da relação médico-paciente ser extracontratual. Lembrando que em regra se trata de um contrato de meio, onde o médico se compromete apenas em se portar de maneira eficiente, de acordo com o exigido pela sua profissão sem, contudo, estar obrigado a produzir o resultado. Diferentemente se fosse uma obrigação de resultado, onde o médico se compromete a obtê-lo.

Caberá sempre a vítima o ônus de provar a culpa do agente, porém, como a relação médico-paciente é amparada também pelo Código de Defesa do

Consumidor e no mesmo está previsto a possibilidade da inversão do ônus da prova, diante da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência da vítima.

Talvez devido ao fato de a população estar mais ciente dos seus direitos ou até mesmo devido ao fato de as pessoas não entenderem que a medicina não é uma ciência exata e que ainda há varias síndromes e doenças desconhecidas e outras pouco conhecidas, cada vez mais, aumenta as demandas nos tribunais em busca de reparações e indenizações envolvendo possíveis erros médicos. Muitas vezes o paciente se revolta frente a um diagnostico errado ou incerto por parte do medico, porque acha que ele é uma máquina que nunca pode errar e que a medicina é uma a ciência exata como é a matemática. Devido a isso, ou quiçá ao fato de a população crer que o profissional médico tem boas condições financeiras, começaram a aumentar os processos civis contra os médicos às vezes sem fundamento jurídico e sem provas concretas, talvez almejando lucrar com a demanda ou ocasionar alguma espécie de prejuízo ao profissional.

Defende-se que o médico seja sim responsável pelos seus atos, porém, somente depois de comprovar que o profissional agiu através de conduta culposa em sentido estrito e que isto resultou prejuízo a vítima, sem abordar e sem mencionar as situações de punições quando o médico age com dolo, assunto não presente neste trabalho. Deve ser reparado o dano, desde que existente e gerado pelo atuar médico. A vítima deverá ser devidamente ressarcida, uma vez que não é justo que, além de sofrer o prejuízo, fique desamparada. Que o dano de modo geral seja reparado seja ele de ordem material ou até mesmo dano moral. Por se tratar de reparação advinda de erro médico, os danos causados atingem bens inestimáveis como a saúde e a vida, neste caso a reparação serve apenas como consolo diante dos inúmeros tipos de danos que poderão advir. Quando possível o dano é reparado, quando não, surge para a vítima ou para os familiares a indenização como forma de conforto pelo mal sofrido.

E na mesma linha de pensamento apresentada pela doutrina neste trabalho estudada e abordada está também o posicionamento dos nossos tribunais como visto da análise das jurisprudências apresentadas.

Além da reparação civil, o médico poderá ser penalizado administrativamente como também penalmente, dependendo do caso concreto. Uma vez que a sanção civil não exclui as sanções penais ou administrativas. Aqui foi analisada apenas a reparação civil em caso de responsabilidade advinda de erro médico.

REFERÊNCIAS

AMAZONIA. Tribunal de Justiça do Amazônia. **AI 20090042940 AM 2009.004294-0**, Relator: Des. Domingos Jorge Chalub Pereira, Data de Julgamento: 24/09/2012, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 04/10/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22448810/agravo-de-instrumento-ai-20090042940-am-2009004294-0-tjam>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Valério de Oliveira Mazzouli. Coletânea de Direito Internacional/ Constituição Federal. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Lei nº. 10.406, 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis /2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 37**: São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=106503>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 491**: é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 490**: a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, **Diário Oficial da União**: 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 15 fev. 2013.

_____. Decreto-lei nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932. Rio de Janeiro, RJ, **Diário Oficial da União**: 13 jan. 1932. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/legislação/116714/decreto-20931-32> > Acesso em: 15 fev. 2013.

CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COUTO, Antonio. SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela. **A responsabilidade civil e o fato social no século XXI**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1931**, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php>. Acesso em: 15 mar. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.7.

_____. **Código civil anotado**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 14..ed. Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles. Erro médico. In: **Revista jurídica consulex**, nº299, 30-06-2009, p. 28-30.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

LIMA, Waléria Medeiros. **Responsabilidade penal por erro médico**. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2006.

JARDIM, Simone Silva. Perte d'une chance: uma outra perspectiva nas ações de erro médico. In: **Revista jurídica consulex**, nº299, 30-06-2009, p. 31-33.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001.

LISBOA. **Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão **AP 8985384 PR 898538-4** (Acórdão), Relator: Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, Data de Julgamento: 31/05/2012, 10ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21932259/8985384-pr-898538-4-acordao-tjpr>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. **AP 8359644 PR 835964-4** (Acórdão), Relator: Denise Kruger Pereira, Data de Julgamento: 01/03/2012, 8ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21454801/8359644-pr-835964-4-acordao-tjpr>> Acesso em: 15 mar. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AP 9091328192004826/SP**. Relator: Thales do Amaral, Data de Julgamento: 18/04/2011, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/04/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18851205/apelacao-apl-9091328192004826-sp-9091328-1920048260000-tjsp>>. Acesso em 15 mar. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AP 1044559520098260100** Relator: Roberto Maia, Data de Julgamento: 23/10/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/10/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22564234/apelacao-apl-1044559520098260100-sp-0104455-9520098260100-tjsp>>. Acesso em 15 mar. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **184891220058260002 SP 0018489-12.2005.8.26.0002**, Relator: Paulo Eduardo Razuk, Data de Julgamento: 14/02/2012,

1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/02/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21594611/apelacao-apl-184891220058260002-sp-0018489-1220058260002-tjsp>>. Acesso em 15 mar. 2013.

_____. **AP 253638420068260161 SP 0025363-84.2006.8.26.0161**, Relator: Marrey Uint, Data de Julgamento: 15/01/2013, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/01/2013. Disponível em: <[2013http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23021594/apelacao-apl-253638420068260161-sp-0025363-8420068260161-tjsp](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23021594/apelacao-apl-253638420068260161-sp-0025363-8420068260161-tjsp)>. Acesso em 15 mar. 2013.

_____. **AP 78757120068260079 SP 0007875-71.2006.8.26.0079**, Relator: Jesus Lofrano, Data de Julgamento: 30/10/2012, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/10/2012. Disponível em: <[78757120068260079 SP 0007875-71.2006.8.26.0079](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21861047/apelacao-civel-ac-70047103841-rs-tjrs), Relator: Jesus Lofrano, Data de Julgamento: 30/10/2012, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/10/2012>. Acesso em 15 mar. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul. **AP 70047103841 RS**, Relator: Ney Wiedemann Neto, Data de Julgamento: 31/05/2012, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/06/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21861047/apelacao-civel-ac-70047103841-rs-tjrs>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul. **AP 70049493216 RS**, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 19/06/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/06/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22058656/agravo-de-instrumento-ai-70049493216-rs-tjrs>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. **1489492520078260000 SP 0148949-25.2007.8.26.0000**, Relator: Eduardo Gouvêa, Data de Julgamento: 03/10/2011, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 06/10/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20576343/apelacao-reexame-eccessario-reex-1489492520078260000-sp-0148949-2520078260000-tjsp>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro médico e responsabilidade civil**. Em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5697/erro-medico-e-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

VENOSA, Sílvio de Saulo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIERIA, Luzia chaves. **Responsabilidade civil médica e segura:** doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.