



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PROJETO DE MONOGRAFIA**

**ERRO MEDICO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA Á LUZ DAS DECISÕES DO  
TJSC NO ANO DE 2018**

**ALUNO: RODNEY JOÃO FERREIRA DA CUNHA**

Florianópolis (SC), 2019

RODNEY JOÃO FERREIRA DA CUNHA

**ERRO MEDICO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA Á LUZ DAS DECISÕES DO  
TJSC NO ANO DE 2018**

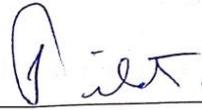
Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Drº José Issac Pilati.

FLORIANÓPOLIS

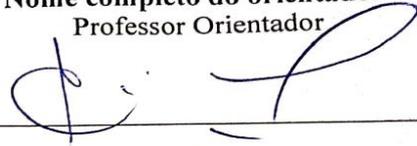
2019

José Isaac Pilati



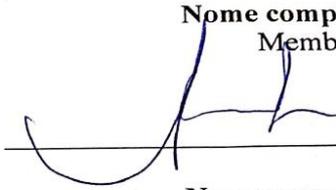
80  
Nome completo do orientador  
Professor Orientador

Claudio Macedo



Nome completo do avaliador  
Membro de Banca

Andresa Silveira Esteves



Nome completo do avaliador  
Membro de Banca

MARIZIA RAPOSO VIEIRA



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **Erro medico-Responsabilidade subjetiva, a luz das decisões do TJSC do ano de 2018**, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Rodney João Ferreira da Cunha**, defendido em **17/julho/2019** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 80 (oitenta), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

## AGRADECIMENTOS

Acima de tudo a Deus, a quem acredito e tenho certeza de sua existência, tenho sentido sua proteção a mim ao longo de toda minha vida. Tenho Fé.

Agradeço à minha família, pelo suporte incondicional ao longo da minha vida e da jornada acadêmica.

Aos meus pais, Orlando e Terezinha, por serem meus exemplos de moral e ética, pelos inúmeros ajustes necessários em minha vida, materializando os meus sonhos; por darem suporte emocional, pela sua simples presença, ou por um olhar ou sorriso estampado em sua face; por todo o afeto e ensinamentos diários; por serem responsáveis diretos pelo homem que sou.

À minha esposa, Scheila, por ser minha luz, meu norte. Exemplo de mulher que enche a minha vida de alegria e que me proporciona a segurança necessária para seguir em frente.

Aos amigos e às amigas de toda a vida, por estarem ao meu lado nos mais diversos momentos e por serem parte construtiva do meu caráter e dos meus valores. Em especial meu pai, meu conselheiro, advogado, meu exemplo, meu farol no mar revolto, porto seguro sempre disposto a me ajudar.

Aos amigos e às amigas que o CCJ/UFSC me premiou, por todas as lições e experiências compartilhadas, capazes de tornar os nossos dias mais leves. Destaque especial ao Pedrinho, as pessoas do centro acadêmico- CAXIF, e ao meu estimado orientador, Prof. Pilati.

Ao professor, e orientador José Issac Pilati, por ter me acolhido, por ter aceitado a missão de orientar este trabalho, antes de tudo um amigo, e por ser um grande exemplo de retidão, seriedade e ética, e moral no meio acadêmico, sem perder a polidez e perspicácia.

*“Aquele que quiser adquirir um conhecimento exato da arte médica deverá possuir boa disposição para isso, frequentar uma boa escola, receber instrução desde a infância, ter vontade de trabalhar e ter tempo para se dedicar aos estudos”.*

Hipócrates de Cós

*“E chegando, aprende que,  
Nessa viagem que eu fazia,  
Sem saber desde o sertão,  
Meu próprio enterro eu seguia.  
Só que devo ter chegado  
Adiantado de uns dias;  
O enterro espera na porta:  
O morto ainda está com vida.  
A solução e apressar”.*

João Cabral de Mello Neto



Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): RODNEY JOÃO FERREIRA DA CUNHA  
RG: 894 330 SSP/SC  
CPF: 6 18 229 659 34  
Matrícula: 142 035 61  
Título do TCC: Efeito médico - Responsabilidade subjetiva à luz das decisões do  
Orientador(a): Prof. Dr. JOSÉ ISAAC PILATI JUSTIÇA SE.

Eu, Rodney, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir  
integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico  
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Fpolis, 17 julho de 2019

  
Rodney, Ferreira da Cunha

## RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar a respeito da responsabilidade médica frente ao erro médico sofrido por um paciente, buscando definir, porém sem esgotar, a responsabilidade dos médicos, bem como das casas de saúde, hospitais e similares, procurando mostrar que a vítima merece e tem direito à devida reparação. A responsabilidade civil por erro médico é uma especialidade de Responsabilidade Civil, considerada por alguns, umas das mais complexas para fins probatórios. O termo responsabilidade nos remete a uma reparação de um possível dano causado, oportunamente suscitado, decorrente de erro médico. No entanto, é importante salientar a natureza humana do médico, passível de imperfeições, e por isto é necessário separar o que é erro médico e o que não se pode entender como tal. Diante desta situação, se pretende responder como problema de pesquisa, se, de acordo com o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a obrigação do médico é de meio ou resultado e, assim, definir no caso de erro médico qual responsabilidade deve ser imposta ao médico e aos estabelecimentos de saúde? Nesse passo, busca-se uma conclusão a partir da análise do ordenamento jurídico, procurando demonstrar que um erro pode gerar danos irremediáveis, e que o médico não está obrigado à cura do doente, mas a usar todos os meios possíveis para proceder de acordo com as regras e metodologia da profissão, (responsabilidade de meio) e que, portanto, caberia a eles comprovarem se agiram ou não com culpa durante todo o tratamento. Consequentemente, incidindo responsabilidade subjetiva, e no caso dos hospitais objetiva. Para a realização da pesquisa foi adotado o método de abordagem dedutivo de natureza qualitativa, o procedimento é monográfico e as técnicas de pesquisa utilizadas foram às bibliográficas e documentais, baseada em doutrinas, artigos, legislação e na jurisprudência.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Responsabilidade médica. Erro médico. Culpa. Deveres do Médico.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO CÓDIGO CIVIL .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>10</b>
<b>2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>13</b>
<b>2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA .....</b>	<b>16</b>
<b>2.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>19</b>
2.4.1 A conduta humana .....	20
2.4.2 O dano .....	21
2.4.3 Nexo de causalidade .....	22
2.4.4 Dolo e culpa.....	25
<b>2.5 CULPA STRICTO SENSU .....</b>	<b>26</b>
<b>3 RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS MÉDICOS E O NEXO DE CAUSALIDADE: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO? .....</b>	<b>29</b>
<b>3.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO .....</b>	<b>29</b>
<b>3.2 A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.....</b>	<b>31</b>
<b>3.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E CULPA DO MÉDICO .....</b>	<b>33</b>
<b>3.4 DANO MÉDICO .....</b>	<b>40</b>
<b>3.5 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA .....</b>	<b>41</b>
<b>3.6 TIPOS DE ERROS.....</b>	<b>42</b>
<b>4 O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA SOBRE OS CASOS DE ERRO MÉDICO .....</b>	<b>44</b>
<b>4.1 JULGADO DO TJSC DE PROCEDÊNCIA DE ERRO MÉDICO, E CONSEQUENTE CONDENAÇÃO: .....</b>	<b>45</b>
4.1.1 Do contrato e das obrigações oriundas .....	45
4.1.2 Do laudo pericial .....	47
4.1.3 Da pensão vitalícia e sua manutenção pelo TJSC .....	50
<b>4.2 JULGADO DO TJSC DE IMPROCEDÊNCIA DE ERRO MÉDICO, E CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho versa sobre, a Responsabilidade Civil do médico, traz em seu tema central a preocupação que a sociedade tem com os erros médicos. A responsabilidade civil do médico quando erra é de grande importância, haja vista que se trata de um bem constitucionalmente tutelado pelo Estado envolvendo a dignidade da vida humana. O médico que, de alguma maneira, durante o exercício de seu ofício, causar dano de alguma espécie, seja moral ou material, tem o dever de repará-lo. O tema citado é pontual na preocupação que se tem em punir os atos negligentes e relapsos na medicina.

A busca pela aplicação da responsabilidade civil dos médicos está cada vez mais frequente nos tribunais em decorrência de erros médicos, porém é sabido que um percentual muito baixo faz denúncia ao Conselho de Medicina e leva adiante o processo. Muito embora essa busca seja bastante velada, porque existe um abismo entre a decepção e a ação das pessoas lesadas, bem como, o acesso à justiça e a hipossuficiência do paciente em relação ao médico e ao estado.

Diante desta situação, se pretende responder como problema de pesquisa, se, de acordo com o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a obrigação do médico é de meio ou resultado e, assim, definir no caso de erro médico qual responsabilidade deve ser imposta ao médico e aos estabelecimentos de saúde?

Nessa perspectiva, será pesquisado em posições doutrinárias, localizado dentro da legislação existente, destacando e especificando a obrigação de indenizar, e dentro do possível, analisar a jurisprudência recente proferidas pelas Cortes Supremas brasileiras.

No primeiro capítulo do trabalho, será abordado o tema da responsabilidade civil em seus aspectos gerais. Na sequência será abordado especificamente a responsabilidade civil do médico, tratando dos pressupostos fundamentais: a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

No capítulo seguinte serão tratadas algumas questões da atividade médica em face do Código de Defesa do Consumidor, dando ênfase àquelas que salientam as maiores divergências, destacando alguns julgados sobre a responsabilidade civil do médico no Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina.

Por fim, no terceiro capítulo, se realizará uma análise de decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com o fim de avaliar qual vem sendo o entendimento majoritário.

Quanto à natureza da pesquisa utilizou-se uma síntese objetivando reunir, analisar e discutir conhecimento e informações já existentes. Quanto aos meios para obtenção das informações, utilizou-se pesquisa bibliográfica, feita a partir de fontes secundárias, livros,

doutrina, artigos científicos e jurisprudência que possibilitará o conhecimento da forma como os tribunais vêm tratando a matéria. Para tanto, o método a ser analisado será o de abordagem dedutiva, uma vez que parte da análise “geral” (Responsabilidade Civil) do tema para o específico (Responsabilidade Civil por Erro Médico).

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO CÓDIGO CIVIL

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para iniciar o estudo do tema proposto, será traçado algumas noções gerais sobre a Responsabilidade Civil, citando o doutrinador Cavaliere Filho que enfoca como o principal objetivo a ordem jurídica fazendo-se necessária para o bom funcionamento da sociedade como proteger o lícito e reprimir o ilícito. E mais adiante nos coloca que: “Para atingirmos esse desiderato a ordem jurídica estabelece que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, ou de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa”. (CAVALIERE FILHO, 2015, p.56).

A rotina médica tem permitido, desde os primórdios na história da civilização, a preservação da saúde e a cura.

Toda humanidade, inevitavelmente, foi ou será atendida por um médico ou por um profissional da saúde. Esse argumento é suficiente para demonstrar a importância do médico em nossas vidas.

Num contexto histórico, era predominante a vingança, tendo uma reação coletiva pela ofensa cometida por outro dentro de um mesmo grupo, que posteriormente evoluiu e passou a ser individual, através da autotutela, sob a égide da lei de Talião, ou seja, “olho por olho, dente por dente”, como forma de vingança aparentemente mais justa. (DINIZ, 2018).

Certamente, o bom médico jamais pretende errar. Estudou para melhorar a qualidade de vida dos pacientes, nunca para causar-lhe mais sofrimento.

Ademais, as falhas acontecem, afinal *errare humanum est*, e o médico não estar suscetível a infalibilidade. Um rápido deslize, desatenção ou estresse excessivo podem levar os médicos a causarem danos irreversíveis e graves

O homem ao nascer adquire a responsabilidade por todos os seus atos e fatos que possam produzir reflexos jurídicos, e no entendimento de Silva (2005, p. 01) tem-se que:

Mesmo antes de integrar-se a uma sociedade juridicamente organizada, isto é, perpetrar-se em um estado de direito, já se apresentava responsável pelos próprios atos perante o grupo social a quem fazia parte, pois nenhum homem consegue conviver em qualquer meio social sem regras de comportamento, sejam essas regras impostas por um ordenamento jurídico ou pelos costumes sociais, daí a necessidade de impor penalidades pela infringência dessas regras comportamentais.

Nos primórdios da humanidade “[...] não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava ainda, o direito”. (GONÇALVES, 2018, p. 04)

Depois a *Lex Aquilia de damno* (sec. III, a.C) veio estabelecer as bases da responsabilidade patrimonial, criando uma forma pecuniária de indenização dos prejuízos, com base no estabelecimento de seu valor tendo por pressuposto a ideia de culpa. Na ótica de Diniz é o princípio da Responsabilidade Civil.

A *Lex Aquilia de Damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor.

Noronha (2003, p.528) explica que:

Primitivamente, quando o que contava era apenas o grupo, e não os indivíduos, nem se quer seria cogitável uma indenização específica do lesado (reparação civil). As primeiras sanções, ao tempo em que as noções de crime e pecado se confundiam, eram de natureza religiosa, constituindo em penitências e sacrifícios, impostos pelo grupo e no interesse deste, embora em nome de divindades.

Na legislação francesa, mais precisamente no Código Cível de Napoleão (1804), a culpa foi inserida como pressuposto da responsabilidade *civil aquiliana*, influenciando diversas legislações, até mesmo o Código Civil Brasileiro de 1916. Para tanto, o artigo preconizava que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Foi só em 1.832, em um parecer do notável Procurador-Geral André Marie Jean-Jacques Dupin, da Corte Civil do Tribunal de Cassação de Paris, foi um divisor de águas na jurisprudência francesa no que concerne à responsabilidade médica. Este parecer se transformou num paradigma da responsabilidade médica, influenciando inclusive, as jurisprudências de vários países, inclusive o Brasil.

É de suma importância histórica e jurídica, bem como o imensurável valor doutrinário do referido parecer, transcrevo, ainda que parcialmente, seu texto:

“O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; que tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão”.

A fim de que se tenha responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu dolo, vontade: basta que se tenha presente negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis.

Cabe-nos aclarar os significados de: imperícia; imprudência; e negligencia médica.

A imperícia pode ser caracterizada como a falta de destreza nos atos médicos, a falta de habilidade ou experiência reputada necessária para a realização de certas atividades e cuja ausência, por parte do agente, o faz responsável pelos danos ou ilícitos penais advenientes. É atitude comissiva, tem ação direta do agente.

Já a imprudência é uma atitude precipitada, sem a cautela devida que o caso requer, uma falta de cuidado específico, causando danos a partir dessa conduta, sendo assim na maioria das vezes atitude comissiva também, dependendo ativamente do agente.

A negligência pressupõe uma atitude omissiva em regra implica em o agente deixar de fazer algo que sabidamente deveria ter feito, dando causa ao resultado danoso. Significa agir com descuido, desatenção ou indiferença, sem tomar as devidas precauções. Um exemplo é o caso de um médico que, vendo o paciente necessitar de prescrição antibiótica, não o faz, vindo o paciente a sofrer infecções e complicações diversas.

Atualmente, o Código Civil traz, em seu artigo 927, novos meios de responsabilidade e novas formas para assegurar a fixação da responsabilidade. Uma das caracterizações da responsabilidade jurídica está como problemática por ser analisada dentro de uma matéria viva e dinâmica se renovando. A responsabilidade civil é matéria viva e dinâmica que constantemente se renova de modo, que a cada momento surgem novas teses jurídicas a fim de atender as necessidades sociais emergentes. Este instituto sofreu uma evolução pluridimensional, assim chamada pelos doutrinadores, teve seu maior desenvolvimento nos últimos 100 anos tendo em vista a sua história, os seus fundamentos a sua extensão e a profundidade da indenização. O mencionado diploma legal dispõe que:

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

Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse caso, cumpre-nos deixar claro o que é responsabilidade civil subjetiva no Código Civil:

A grande cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva no Brasil está na junção dos artigos 186 e 927 CC. A doutrina brasileira teve como fundamento principal a doutrina francesa. E lá eles chamam a responsabilidade objetiva por um termo que pode significar tanto

ato ilícito como culpa. Então importante é tentar diferenciar ato ilícito de culpa.

Para se entender melhor, há o elemento objetivo que é essa parte da violação de direito de outrem (conduta antijurídica, ato contrário ao direito). Esse é um dos elementos do ato ilícito; a questão de romper um dever jurídico originário. Entretanto, o segundo elemento, subjetivo, vai fazer referência exatamente a um qualificador da conduta desse agente que está agindo contrariamente ao direito: voluntariamente e por negligência ou imprudência, ou imperícia, no caso dos médicos.

Da análise dos artigos supracitados se entende que, em nenhum momento está escrito expressamente culpa, mas ela foi referenciada por algumas de suas espécies, que é a negligência e a imprudência, ou imperícia.

- Para ter ato ilícito: é necessário que se some o ato ilícito acompanhado do qualificador da conduta, aqui no caso, a imprudência, negligência ou imperícia.

No caso da responsabilidade civil objetiva, é de fato um instituto novo em que difere totalmente do anterior exposto. Nos casos regulados pela responsabilidade civil objetiva, a prova da conduta culposa do agente não se faz necessária para o surgimento da obrigação de indenizar. Regra geral, basicamente é essa a diferenciação entre a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva. Esta responsabilidade socializou as indenizações, pois com o advento da teoria do risco integral, o importante é indenizar sem, no entanto, verificar culpa, e seus elementos.

O código de defesa do consumidor é todo baseado na responsabilidade objetiva. E, portanto, cabe salientar, que o instituto da responsabilidade civil do médico deve ser utilizado com bastante cautela, a fim de sancionar tão somente aquele que tenha agido comprovadamente com culpa. O motivo de consignar esse fato é a certeza de que é muito difícil reverter a calúnia de um médico acusado levemente por erro não cometido.

## 2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil fundamenta-se no fato de que ninguém poderá lesar o direito de outrem, aquele que, por ato ilícito, causar dano a alguém, é obrigado a reparar. A responsabilidade civil do profissional da saúde é a obrigação que tem de reparar um dano causado a outrem no exercício de sua profissão, sendo de bom tom lembrar que ao se falar nessa modalidade de responsabilidade civil está-se falando não somente do profissional liberal, mas também dos estabelecimentos de saúde e geral.

O Código Civil de 2002, em seu art. 927, traz o conceito de responsabilidade civil,

o qual diz que: "aquele que causar dano a alguém, fica obrigado a reparar". Portanto, a responsabilidade jurídica é uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo, de assumir as consequências jurídicas de um fato.

Para a maioria dos doutrinadores, a principal crítica surge pelo conceito ser tão recente e remeter a uma estrita ideia de uma obrigação. Em suma, a doutrina majoritária ensina que são três as funções da responsabilidade civil: i) função reparatória, ressarcitória ou compensatória do dano a vítima, dita função principal de ressarcir os prejuízos da vítima; ou seja, a responsabilidade civil orienta e viabiliza a internalização de externalidades negativas (prejuízos causados); ii) função sancionatória ou punitiva do ofensor, pela qual visa imposição ao infrator de uma pena, retribuir o ilícito, aplicar um castigo proporcional (finalidade retributiva); iii) função dissuasória (ou pedagógica), que busca a desmotivação social da conduta lesiva e desestímulo ao agente.

Para que exista o dever de indenizar, há que se provar que aconteceu uma relação entre a ação ou a omissão culposa do agente e o dano à vítima. Não basta, portanto, que haja um dano e a figura de um provável ofensor para falarmos em responsabilização civil. A simples alegação de atendimento precário no Pronto Socorro, na ausência de nexos causal entre as sequelas e a conduta médica, não enseja direito à reparação. A demonstração de que o ato lesivo é a causa do dano concreto é imprescindível, essa é a ação condutora que une um elemento (conduta) ao outro (dano) que se chama nexos causal.

Segundo CAVALIERI FILHO (2015), o conceito de nexos causal não é jurídico; decorre de leis naturais. Para ele, a relação causal nada mais é do que o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

O objetivo da Responsabilidade Civil está no anseio de obrigar o agente causador do dano a reparar os prejuízos sofridos pela vítima, isto baseado em um sentimento de justiça. (CAVALIERI FILHO, 2015).

Nesse passo, para Diniz (2018, p. 34), a responsabilidade civil é conceituada como:

[...]a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

A vida, sendo um dos bens mais preciosos, está resguardada na Constituição Federal brasileira de 1988, caput, do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...], portanto, a saúde, não menos importante, também é garantida pelo Texto Constitucional, e faz parte do rol do Direitos Sociais, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição...

Para Pamplona Filho (2017), a responsabilidade possui três funções que são: a reparação compensatória do dano à vítima, a punitiva do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva. Muito embora no conceito da teoria geral da responsabilidade civil há possibilidade de se elencar cinco pressupostos ou requisitos como fato gerador, dano, cabimento no âmbito de proteção de uma norma, nexos de causalidade e nexos de imputação. No que concerne esse trabalho.

Gagliano e Pamplona Filho (2017, p.45-46) afirmam que:

A palavra responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda a raiz latina de *spondeo*, formula através da qual se vinculava no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Os pressupostos da responsabilidade civil podem ser assim alinhados para que necessariamente, surja a obrigação de indenizar, que haja um fato (uma ação ou omissão humana ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza) que seja antijurídico (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si ou nas suas consequências).

Diniz entende que a Responsabilidade Civil tutela uma forma de reparar e diminuir quando possível o sofrimento causado a vítima, na forma de indenização para quem está na situação de perda. Neste sentido afirma Maria Helena Diniz (2018, p. 06):

A obrigação de indenizar, fundada sobre a responsabilidade civil, visa suprimir a diferença entre a situação do credor, tal como esta se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato. A indenização é estabelecida em atenção ao dano e à situação do lesado, que deverá ser restituído à situação em que estaria se não tivesse ocorrido a ação do lesante. De forma que tal indenização será fixada em função da diferença entre a situação hipotética atual e a situação real do lesado, ou melhor, o dano mede-se pela diferença entre a situação existente à data da sentença e a situação que, na mesma data, se registraria, se não fora a lesão.

A lesão sofrida pode afetar valores ligados a própria pessoa do lesado, na sua integridade física, psíquica ou moral (quando teremos danos pessoais ou a pessoa), ou pode atingir objetos do mundo externo, isto é, objetos materiais ou mesmo coisas incorpóreas.

O dano é um pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva, visto que não haverá a obrigação de indenizar sem a existência de um prejuízo a um bem jurídico. Assim, seja qual for a espécie de responsabilidade, o dano é requisito indispensável para sua configuração e deve ser provado pelo autor da ação.

Quanto à função sancionatória da Responsabilidade Civil para Cunha (2003, p. 21):

[...] aproxima a Responsabilidade Civil da Responsabilidade penal, com isso, retribui ao ilícito um castigo proporcional. Portanto, é nesse momento que se considera a maior ou menor culpabilidade do agente na produção do resultado, pois quanto maior

a culpabilidade do agente, maior é a probabilidade de aumentar o montante a ser pago. Entretanto, a função preventiva caracteriza-se por evitar o gravame em outras situações, por isso é primordial a intimidação do próprio agente, bem como as demais pessoas da sociedade, para evitar novos atos danosos.

O fundamento da responsabilidade era buscado no agente provocador do dano. Esse pensamento culminou na noção de que “não há responsabilidade sem culpa” (*pás de responsabilité sans faute*), que inspirou concepções jurídicas dos ordenamentos da Europa e da América Latina, num processo de continua expansão até o final do século XIX.

Nas palavras de Carvalho (2013, p. 47) colhe-se que:

Por não adotar um procedimento seguro durante o processo inicial, descuidando-se, assim, da necessária observância do prescrito pela ciência médica, o profissional médico revela-se negligente e torna sua atuação culpável, o que conduz, com facilidade, ao erro e, por conseguinte, à responsabilidade civil médica.

Durante séculos entendeu-se injusta toda sanção que prescindisse da vontade de agir. Assim, como não há reprovação moral sem falta de consciência, conclui-se que não podia haver responsabilidade sem um ato voluntário e culpável.

### 2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade civil tem suas complexidades e particularidades e, dentre os pontos primordiais, notamos que ela se divide em subjetiva e objetiva. Tal classificação não se refere as suas diferentes espécies, mas sim às maneiras distintas de se ver a obrigação de indenizar. Assim, descreve o art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Após o Código de Napoleão, o mundo adotou o entendimento de que a responsabilidade civil se baseava na culpa, motivo pelo qual se enquadra à teoria subjetiva. No Código Civil de 1916, também prevaleceu a teoria subjetiva, no entanto, em alguns casos presumia-se a culpa do lesante. (GONÇALVES, 2018, p. 27)

Não restam dúvidas que os atos que caracterizam a culpa estão intimamente ligados a conduta do ser humano. “A vontade é o elemento subjetivo da conduta, sua carga de energia psíquica que impele o agente; é o impulso causal do comportamento do ser humano. Esta, todavia, tem graus, pode atuar com maior ou menor intensidade”. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 30)

Conforme ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 57), é decorrente de um dano causado em função de ato doloso ou culposo, definição está aliada ao artigo 186 do Código Civil, que diz, no Artigo 186. “Aquele que, por ação ou omissão

voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Observa-se, ainda, em relação ao mesmo dispositivo “que foi acrescentada a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral, como fora apontado pela Constituição Federal de 1988”. (VENOSA, 2017, p. 03)

Para Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 29):

A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, ainda, o elemento da culpa. A conduta culposa do agente exige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo”. Vem daí a observação: “a irresponsabilidade é regra, a responsabilidade a exceção.

Conforme define Maria Helena Diniz (2018, p. 34):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

A responsabilidade civil subjetiva baseia-se na culpa do agente, deve este que incumbe à vítima comprovar para possa surgir o dever de indenizar. Com o advento da *Lex Aquilia de Damno* (séc. III, a C) passou-se a analisar se o sujeito que pratica o ato agiu com culpa ou dolo (culpa *aquiliiana*), estabelecendo-se o dogma da ausência de responsabilidade sem culpa vigente até o século XIX. Esse elemento é ainda hoje, indispensável para caracterizar a atual responsabilidade civil subjetiva (ou culposa). Ressaltando que não basta apenas que exista o comportamento humano causador de dano ou prejuízo, mas sim que esteja presente o *animus* de causar dano.

Vale destacar que se o agente tem a vontade de praticar um ato lícito, de acordo com as normas, mas não toma os cuidados adequados ao homem médio (cuidados normais) e, por imprudência, negligência ou imperícia, provoca um dano, que apesar de ser previsível, não era o seu desejo, agiu com culpa. O Código Civil, em regra, traz a responsabilidade subjetiva, conforme os arts. 186 e 187, *in verbis*:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Destaca-se que de acordo com essa teoria, devem ser observados quatro requisitos,

tais como: a) A existência de ato ilícito; b) a culpa; c) a existência do dano; e, por fim, c) a existência do nexo causal.

Nesse passo, a culpa requer a ausência de um dever de cuidado que deveria ser praticado por parte do agente, podendo esta ausência aparecer de três diferentes formas: imprudência, negligência ou imperícia.

Sobre o assunto, ensina Carlos Alberto Gonçalves (2018, p. 29): “Imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir atenção, capacidade, solicitude e discernimento. E a imperícia é a falta de aptidão ou habilidade para praticar certo ato”.

No parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, encontramos, "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Trata-se de responsabilidade de cunho objetivo, uma vez que inexiste a necessidade de demonstração do elemento da culpa, vez que bastará a existência do dano e nexo causal entre o fato e o resultado danoso.

Nesse ínterim, na responsabilidade objetiva é suficiente a comprovação de que o dano decorreu do exercício da atividade. Oportunidade em que não se demonstra culpa, bem como não se faz necessária à sua presunção.

Assim, Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 07) leciona que se levando em conta o rumo que tomou a responsabilidade objetiva, a teoria da responsabilidade civil deixa de ser apoiada unicamente no ato ilícito, mas leva em conta com mais proeminência o ato causador do dano.

Por fim, vale transcrever os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2018, p. 71):

Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mais causou perigo a outrem, de modo que aquele que exerce, por ter obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu. Nela não cogita de responsabilidade indireta, de sorte que reparará o dano o agente ou a empresa exploradora, havendo tendência de solicitação dos riscos, nem do fortuito como excludente de responsabilidade, como pondera Arnoldo Medeiros da Fonseca.

À evidência, percebemos a distinção entre as duas teorias, porquanto uma consagra culpabilizar o agente causador do dano, enquanto a outra não há necessidade de verificar se tal agente agiu ou não com culpa.

Na responsabilidade civil objetiva o fato gerador poderá ser tanto uma conduta humana como um fenômeno natural. Há uma enorme quantidade de casos, em que a obrigação

de reparar o dano tem por fundamento uma ideia de risco criado, mas segundo a doutrina majoritária, essa modalidade será sempre de natureza excepcional e não o regime regra.

Temos como base para caracterizar a Responsabilidade Civil objetiva “[...] risco que uma atividade oferece à coletividade e nos danos que dessa atividade possam provir”. (GOMES, 2011, p. 39)

A responsabilidade objetiva se funda no risco do dano. A conduta humana, aqui fundada na responsabilidade objetiva, será aquela considerada independentemente de qualquer ideia de culpa. Para Gomes (2011, p. 41):

Os elementos da responsabilidade objetiva são o dano e o nexo de causalidade. [...] A teoria objetiva prescinde da culpa. O dever de reparação baseia-se no dano causado e em sua relação com a atividade efetivada pelo agente. As atividades são lícitas, a necessidade sua que sejam aceitos pela sociedade os danos que provocam, entretanto, as vítimas não devem ser deixadas ao léu.

É possível distinguir responsabilidade objetiva comum e agravada. Ambas decorrem de culpa: as duas tem por fundamento um risco a atividade, mas este é diferente numa e outra. Na responsabilidade civil objetiva COMUM exige-se que o dano seja resultante de uma ação ou omissão do imputado (embora não culposa), de ato ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor. Na responsabilidade civil objetiva AGRAVADA vai-se mais longe e a pessoa fica obrigada a reparar danos causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligadas: trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve.

## 2.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil no Brasil é regida pelo Código Civil de 2002, que mantém o princípio da responsabilidade com base na culpa previsto no Código Civil de 1916, previsto no artigo 186, combinado com o artigo 927:

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

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dos textos legais citados é possível identificar os elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil, quais sejam, a existência de um ato ilícito, a ocorrência de um dano (moral ou patrimonial) e o nexo de causalidade entre o dano e a ação através do

dolo ou da culpa.

### 2.4.1 A conduta humana

A conduta humana é um dos elementos que compõe a responsabilidade civil, visto que segundo Tartuce (2016, p. 355) “para alguns juristas [...] a conduta humana e a culpa podem ser fundidas como um só elemento subjetivo da responsabilidade civil. Para fins didáticos, preferimos dividi-las”. Ou seja, entende-se a conduta humana e a culpa como um só elemento, porém para melhor entendimento, aqui será analisada de forma separada.

A conduta praticada pelo agente é decorrente de ação ou omissão e pode motivar em indenização sem possibilidade de retorno, ou seja, é indenizável. Essa conduta pode ser levada ao campo penal para que haja punido.

Se o agente dos negócios e atos jurídicos, por ação ou omissão, pratica ato contra o Direito, com ou sem intenção manifesta de prejudicar, mas ocasiona prejuízo, dano a outrem, estamos no campo dos atos ilícitos. O ato ilícito pode constituir-se de ato único, ou de série de atos, ou de *conduta* ilícita de uma ação ou omissão por parte do agente provocador (VENOSA, 2017, p. 571).

Isto posto, o dano gerado a terceiros deve ser responsabilizado, pois no campo dos atos ilícitos isso gera indenização. Para que a conduta humana seja realizada precisa necessariamente ter a ação ou a conduta positiva. Nesse sentido, observa-se que para a omissão ocorre o inverso, pois é necessário a ocorrência da negativa como, por exemplo, que exista o dever jurídico de determinado ato, bem como há de-se provar essa negativa, assim ocorre a omissão. Nesse sentido, Tartuce (2016, p. 356) explica que “[...] a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada”. Conseqüentemente, quando provada à omissão, deve-se ter que comprovar que, caso aquela conduta tivesse ocorrido, o dano poderia ser evitado.

Para que a conduta seja um elemento viável para a responsabilização, é necessário que o agente causador do dano seja uma pessoa capaz de saber e ter consciência, o que é chamado de conduta humana voluntária, que gera a disponibilidade do agente escolher o que fazer. Gagliano (2017, p. 77) corrobora afirmando que “o núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”. Visto isso, uma pessoa inimputável não será capaz de ser responsabilizada civilmente, pois ela não tem discernimento ou liberdade de escolha das suas ações.

## 2.4.2 O dano

Para a responsabilidade civil, o conceito de dano é essencial, pois é um dos elementos de maior importância para a matéria, justamente por seu amplo conceito. Assim, o dano se caracteriza como o prejuízo moral ou material, individual ou coletivo, sendo necessária a perda de algum bem essencial para gerar a existência de um dano. “O dano é o pressuposto central da responsabilidade civil [...] e por isso, em princípio, o seu conceito é muito amplo. Mas, no sentido jurídico, importa restringi-lo ao fato humano” (RIZZARDO, 2015, p. 15).

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. 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. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*). (VENOSA, 2017, p. 29)

Percebe-se, então, que o dano é o prejuízo sofrido, tanto de forma individual ou coletivo, ou, econômico e não econômico, para os sujeitos que sofreram com a conduta. O dano é classificado como “diminuição do patrimônio”, esse é o conceito clássico. Gonçalves (2016, p. 367) ainda indica que para outros autores, o dano é definido como diminuição ou subtração de um bem jurídico, dessa forma, entende-se que o dano não recai apenas sobre o patrimônio, mas também para outros bens juridicamente tutelados como: saúde, vida etc. Nessa toada, o dano deve ser reparado independente de o fato ter ocorrido apenas com a diminuição do patrimônio ou com outros bens jurídicos.

Um bom exemplo para caracterização é o inadimplemento de contratos, pois sendo um ato unilateral, a parte que foi lesada terá o direito de ser ressarcida (chamada de responsabilidade objetiva, que será visto posteriormente). Outro exemplo é dado por Rizzardo (2015, p. 13):

Se alguém persegue um animal em propriedade alheia, e causa danos, não é cominada de antijuridicidade a ação, mas os danos provocados devem ser reparados. A lesão determinada por uma conduta impelida pelo estado de necessidade não isenta da indenização, apesar da ausência da ilicitude [...]. No inadimplemento de um contrato, a lei não prevê uma condenação por conduta antijurídica, mas a obrigação de ressarcir é uma consequência lógica. E assim em inúmeras hipóteses, máxime nos casos de responsabilidade objetiva.

Isto é, a responsabilidade civil está presente em diversas situações, até mesmo

situações em que o agente não pretende cometer um ato antijurídico, mas acaba o fazendo por estado de necessidade. Nesse sentido, Fernando Noronha (2010) ensina em sua obra que o dano não será necessariamente da violação de uma norma jurídica; entende-se que, acontecimentos podem ou não gerar o dano, por exemplo, o sujeito que dirige em alta velocidade ofende o direito, pois está cometendo uma infração, que poderá gerar multa por trafegar acima da velocidade permitida, mas nem sempre causará danos.

O dano é resultado de um ato ou fato antijurídico que gera a responsabilidade civil, tendo em vista que em algumas situações a lesão causada a terceiros é inevitável e, dessa forma, se tornam danos reparáveis decorrentes de fatos que são jurídicos e lícitos chamados de danos resultantes de atos justificados.

Só teremos responsabilidade civil quando existir um dano resultante de uma lesão antijurídica e só teremos esta quando existir um ato ou fato antijurídico. Isto significa que em casos especiais podemos ter danos reparáveis resultantes de fatos que são jurídicos e lícitos: é o que acontece com os danos resultantes de atos justificados (isto é, praticados em situações em que seria inexigível outro comportamento nas hipóteses em que estes acabem lesando terceiros) (NORONHA, 2010, p. 497-498).

Ou seja, nos casos em que o dano é inevitável como, por exemplo, em estado de necessidade, gerando danos a terceiros, esse dano é ilícito, podendo ser reparável para quem sofreu diminuição em seu patrimônio ou qualquer valor que seja inerente à pessoa humana ou atinja coisa no mundo externo.

### **2.4.3 Nexo de causalidade**

Para que surja o dever de indenizar, deve haver uma relação entre a ação ou a omissão culposa do agente e o dano à vítima. Quando existirem indícios suficientes para que o julgador possa admitir como comprovada a causa, ligada ao fato ou a atividade do indigitado responsável, esta, para se eximir, terá que, apesar da adequação geral entre o fato que lhe é imputado e o dano, este, no caso concreto, aconteceu devido à ocorrência de um outro fato, a ele estranho e inevitável, por isso configurando uma causa nova, independente do fato ou da atividade que lhe são atribuíveis. Esse fato independente há de ter causado por si só o resultado, como aduz no art.13, do parágrafo 1º, do código penal; terá de ser um “fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”, conforme dispõe o art.393 CC.

Segundo CAVALIERI FILHO (2015), “o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre de leis naturais. Para ele, a relação causal nada mais é que o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu, em sede de Direito Penal, a Teoria da Equivalência das Condições, com algumas ressalvas. Todavia, no Direito Civil foi adotada a Teoria da Causalidade Adequada. Essa é a conclusão da melhor doutrina.

Na responsabilidade civil, o nexo de causalidade é o vínculo entre a conduta e o resultado, isto é, é a relação entre ato ilícito e o resultado. Pois, além da ocorrência de um ato ilícito e da concretização de um dano, é necessário que haja entre estes uma relação de causa e efeito. De acordo com os ensinamentos de Rene Demonque *apud* Rui Stoco “é preciso estar certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido” (STOCO, 2011, p. 151).

Por assim ser, uma vez concretizado um dano, é o nexo causal que revela o indivíduo que o desencadeou, ou seja, o nexo de causalidade é o elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência de um fato (NORONHA, 2010).

Caio Mario da Silva Pereira (2016, p. 103) ensina que o nexo de causalidade constitui “os elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou inatividade dos sujeitos, atentatórios do direito alheio”.

Assim sendo, com observância aos demais pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, será causa o ato ilícito que produziu danos em bem jurídico tutelado de outrem, sendo estes danos já previsíveis pelo agente causador antes mesmo de concretizar o ato ilícito (NORONHA, 2010).

Todavia, a análise do nexo causal apresenta algumas dificuldades no campo prático, seja quanto a sua prova ou na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano. Pois há circunstâncias em que existe a dificuldade de apontar, dentre os diversos fatos, qual foi a causa eficiente do dano (STOCO, 2011).

Visando minimizar tais obstáculos, a doutrina e jurisprudência pátria adotam, ora uma ora outra, quatro principais correntes do nexo de causalidade: teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade da causalidade direta e imediata, teoria da causa necessária e a teoria da causalidade adequada.

Na teoria da equivalência das condições serão considerados como causa do dano todos os fatos que contribuirão para a sua realização. Essa teoria é pouco aplicada no âmbito cível devido seu espectro amplo, podendo conduzir o julgador a uma investigação sem fim (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

A teoria da causalidade direta e imediata, imputa que será “causa” o antecedente que determina o resultado como consequência sua direta e imediata, sendo um comportamento necessariamente vinculada ao resultado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Em busca de regular a matéria da causalidade, o CC/02 em seu art. 403, o qual é

relativo à responsabilidade derivada do inadimplemento de negócios jurídicos, aderiu a teoria da causalidade direta e imediata, enunciando que apenas os danos considerados de efeito direto e imediato do inadimplemento são passíveis de indenização. Entretanto, essa teoria sofreu fortes críticas por dificultar o reconhecimento dos danos indiretos (NORONHA, 2003).

Em continuidade, Fernando Noronha afirma que o uso das expressões “direto e imediato” no texto legal do art.403 do CC/02 é uma “linguagem defeituosa e que o texto legal deve ser compreendido em um sentido mais amplo” (NORONHA, 2003, p. 130).

Rui Stoco, apesar de concordar com a interpretação mais abrangente, afirma que o CC/02 em seu art.403 aderiu a teoria da causa necessária, para a qual é causa de um dano a condição próxima ou remota, desde que se revele necessária por inexistir outra que explique o mesmo dano (STOCO, 2011, p. 151).

A teoria da causa necessária, surgiu no séc. XIX e foi amplamente defendida no Brasil por Agostinho Alvim (*apud* NORONHA, 2003, p. 135), que ao interpretar o art. 403 do CC/02, afirma que “Quer a lei que o dano seja efeito direto e imediato da inexecução. [...]. Ora, a lei impõe a existência de um liame entre inadimplemento da obrigação e o dano. [...] As expressões direto e imediato significa o nexo causal necessário”.

Assim sendo, Agostinho Alvim (*apud* NORONHA, 2003) equipara as expressões de efeito direto e imediato, como efeito necessário e suficiente de um dano. Porém, essa teoria sofreu fortes críticas por exigir que um fato seja além de necessário, também seja suficiente para produzir o resultado danoso sozinho.

A teoria da causalidade adequada, desenvolvida pela doutrina francesa, atribui como causa do dano o antecedente adequado à produção do resultado. A busca pelo nexo causal, de acordo com essa teoria, consiste em o julgador eliminar os fatos menos relevantes, considerando-os como indiferente à efetivação do dano (STOCO, 2011).

Todavia, essa teoria sofreu fortes críticas acerca do caráter adequado da causa do dano, posto que tal caráter depende da probabilidade do dano, a qual é incerta (PEREIRA, 2016).

Fernando Noronha (2003), defende que a teoria da causalidade adequada é a que melhor atende aos obstáculos enfrentado na configuração do nexo causal, desde que para tanto, este seja analisado sob duas formulações: a positiva e a negativa.

Assim, na formulação positiva “um fato deve ser considerado causa adequada de um evento posterior quando favoreça a produção deste” e na formulação negativa será “causa adequada quando, segundo as regras da experiência, não é indiferente ao surgir do dano” (NORONHA, 2003, p. 136).

Em continuidade à explicação das formulações positiva ou negativa, o autor

menciona que a investigação inicial deve ser feita de acordo com a formulação positiva da teoria, e quando desta não resultar evidente o nexo causal, surge então o interesse em fazer a análise de acordo com a formulação negativa, por essa possuir especial relevo em explicar os danos que não são consequência direta do evento, contudo também não lhe são indiferentes (NORONHA, 2003).

Em verdade, não há uma prevalência entre as teorias supramencionadas para averiguação do nexo de causalidade, sendo que muitas vezes a própria doutrina confunde as teorias entre si, reportando-se nominalmente a uma com fundamentos pertencentes à outra teoria.

Porém, independentemente da teoria a ser aplicada, a determinação do nexo causal deve ser feita pelo julgador de modo peculiar a cada caso, fazendo uso da experiência comum, sopesando as provas em busca de verificar se houve violação do direito alheio, e se desta resultou os danos in judice (ALVIM; ALVIM, 2013).

#### 2.4.4 Dolo e culpa

O dolo origina-se da ação ou omissão daquele que tinha como dever jurídico de proteção de determinada coisa, portanto, a ação ou omissão pode vir a prejudicar outrem (TARTUCE, 2016, p. 359). O dolo na responsabilidade civil não deve ser confundido com o dolo do negócio jurídico, para tanto, devem ser observadas as diferenças:

- a) dolo da responsabilidade civil:** é aquele que não tem ligação com o negócio jurídico, dessa forma não gera a anulabilidade, conforme art. 146 do CC.
- b) dolo/defeito do negócio/vício da vontade:** tem relação com o negócio jurídico. Para o defeito no negócio jurídico ocorre a anulabilidade, pois o dolo para efeito do negócio jurídico deve ser essencial ao ato, conforme art. 171, II, CC, com prazo de quatro anos, nos termos do art. 178, II do CC.

O dolo é a falta de dever por determinado sujeito, aquele que deixou de cumprir com o direito, é a violação intencional, ou seja, o sujeito assume o risco do resultado antijurídico da ação agindo de forma consciente com a sua conduta.

A culpa decorre de imprudência, imperícia ou negligência. Para Tartuce (2016, p. 360) imprudência é:

[...] falta de cuidado + ação (prevista no art. 186 do CC); negligência: falta de cuidado + omissão (também constante no art. 186 do CC) e imperícia: falta de qualificação ou treinamento de um profissional para desempenhar uma

determinada função (própria dos profissionais liberais, consta do art. 951 do CC, para os que atuam na área da saúde).

Dessa forma, a culpa se torna difícil de ser provada. Destarte, com a teoria subjetiva, em situações em que cabe provar o dolo ou a culpa do agente no evento danoso, há dificuldade de ser provado, por vezes suportando o ônus decorrente.

Maria Helena Diniz (2018, p. 40) explica a diferença entre dolo e culpa, culpa em sentido amplo e culpa em sentido estrito:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico e a culpa em sentido estrito caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências. O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato: a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento: e a imprudência é precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.

Para tanto, pode-se observar que o dolo decorre da violação intencional de um bem jurídico alheio. Para a culpa, no sentido amplo, o fato deve ser intencional, sendo esse decorrente de falta de cautela ou omissão que resultará na violação de um bem jurídico alheio. Por sua vez, a culpa em sentido estrito, fica compreendida em negligência, imprudência ou imperícia.

Consequentemente, pode-se enxergar que a responsabilidade civil, sem culpa, não há o que se falar, só podendo ser permitida, dessa forma, nos casos expressos em lei, que será chamada de responsabilidade objetiva, pois ela independe de culpa.

## 2.5 CULPA STRICTO SENSU

Como já mencionado, o Código Civil de 2002 faz distinção em relação ao dolo e a culpa. Ambas estão previstas no art. 186, o dolo na “ação ou omissão voluntária” e a culpa na “negligência ou imprudência”, o que leva a crer que o dolo é uma conduta voluntária e intencional, já a culpa é simplesmente voluntária e descuidada do agente.

Com relação às formas de culpa, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho discorrem:

Negligência é a falta de observância do dever de cuidado, por omissão. Imprudência, está em caracterizar quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. Já a imperícia, esta forma de exteriorização da culpa, decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica. (GAGLIANO, 2017, p. 178 -179)

O médico age com negligência quando deixa de praticar atos ou não determina o atendimento hospitalar de enfermagem. A negligência é a falta de atenção ou cuidado, é a inobservância de deveres e obrigações. Caracteriza-se pela inércia, passividade e indolência do profissional.

Outrossim, a negligência segundo Melo (2014), pode consistir numa conduta negativa quando o médico seja total ou parcialmente omissivo em determinada circunstância na qual deveria agir de maneira incisiva, por exemplo, omissão de tratamento ou até retardamento na transferência para outro especialista.

Conforme os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto (2007), a negligência médica é um ato omissivo, caracterizado pela inação, indolência, inércia, passividade do médico.

É a falta de diligência, implicando desleixo ou preguiça, uma falta de cuidado capaz de determinar responsabilidade por culpa (COUTO FILHO; SOUZA, 2004).

Assim, a negligência consiste em um ato omissivo, do médico ou instituição responsável pelo paciente, de não tomar as precauções necessárias, exigidas pela natureza da obrigação e pelas circunstâncias, ao praticar uma ação. Por exemplo: o médico que deixa uma gaze/compressa dentro do paciente enquadrar-se neste erro (GONÇALVES, 2018).

No caso da imperícia, esta caracteriza-se pela falta de experiência ou conhecimentos práticos necessários ao exercício da profissão. É o despreparo profissional, o desconhecimento técnico da Medicina. É imperito o cirurgião que, equivocadamente, corta músculos, veias ou nervos que não podem ser suturados, gerando sequelas irreversíveis para o paciente. Incorre também em imperícia o obstetra que na operação cesariana corta a bexiga da parturiente.

Vale salientar, que errar no diagnóstico nem sempre é sinal de imperícia, dadas as circunstâncias que envolvem a análise dos sintomas clínicos relatados. Pode-se aplicar que o médico, um profissional habilitado não poderia ser considerado imperito em circunstância alguma, pois tem o diploma que lhe confere habilitação legal, sendo inimputável atribuir-lhe imperícia em situações isoladas.

Esse entendimento, não é acolhido pelos nossos Tribunais. A imperícia médica pode ser aferida dentre aqueles que concluíram a graduação, podendo ser definida como a falta de habilidade técnica inexperiência requerida para o exercício da atividade profissional, por

falta de conhecimentos necessários.

De acordo com Melo (2014), age imprudentemente o médico que sem usar as cautelas pertinentes toma atitudes drasticamente precipitadas, como o cirurgião que não aguarda a chegada do anestesista e ele mesmo aplica a anestesia no paciente, o que pode provocar a morte deste por choque anafilático.

Já, a imprudência é o ato de agir perigosamente, por falta de moderação ou precaução. Nessa modalidade, há culpa comissiva, quando o profissional age de maneira não justificada, precipitada, sem usar a cautela que se espera do bom médico. Age com imprudência o anestesista que atende a duas cirurgias ao mesmo tempo e também o médico que faz um parto sem possuir o aspirador de líquido amniótico (líquido que a criança eventualmente pode aspirar).

É importante distinguir a imprudência da imperícia. O cirurgião que opera com um instrumento não esterilizado, desconhece o perigo de infecção será indiscutivelmente imperito. Se conhece esse risco e mesmo assim prossegue, sua ação será imprudente.

Em consonância com o que preceitua Gonçalves (2018, p. 327):

[...] imperícia é a incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função, profissão ou arte. Por exemplo, um médico que desconhece que determinado medicamento pode produzir reações alérgicas, não obstante essa eventualidade estar cientificamente comprovada.

Ademais, conforme preceitua o magistrado Ênio Santarelli Zuliani,

Verifica-se a imperícia quando o médico, apesar de habilitado (curso teórico e prático na Faculdade de Medicina) para sua tarefa, atua como se não possuísse noções primárias da técnica de consultar, diagnosticar ou operar. O médico ortopedista que engessa uma pessoa acidentada, que chega com 'fratura exposta', é imperito, porque o procedimento é adequado para 'fratura fechada', e, em casos assim, a indenização correspondente terminou sendo recepcionada no colendo (STJ, REsp 228.199-RJ, julgado em 21/10/1999, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Destarte, deve ser considerado que o Código de Ética Médica exige do médico um contínuo aprimoramento, de modo que o profissional desatualizado poderá ser considerado imperito e, atrair para si a responsabilidade por danos decorrentes.

### **3 RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS MÉDICOS E O NEXO DE CAUSALIDADE: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?**

Eis aqui um dos pontos de maior discussão e mais polêmico na seara da responsabilidade civil dos médicos, aplicável a todos os casos. De início é importante diferenciarmos uma da outra.

A responsabilidade civil do médico deriva da disposição existente no ordenamento jurídico brasileiro, onde, aquele que causar dano a outrem deve indenizá-lo pelos prejuízos causados, seja de ordem material ou imaterial, patrimonial ou não patrimonial. (SOUZA, 2006, p.39)

O médico assume a responsabilidade com seu paciente desde o diagnóstico clínico, pois, a identificação errada da doença ou inadequada medicação pode causar danos irreversíveis. Estendendo-se até a cura do paciente, onde este pode necessitar de monitoramento. (VENOSA, 2017, p.127)

Divide-se a natureza da obrigação do médico em: obrigação de meio e obrigação de fim ou resultado. Sendo obrigação de meio aquela em que o médico utiliza todas as técnicas necessárias para melhor atender o paciente, sem a obrigação de curá-lo. Já a obrigação de fim é quando o médico tem que alcançar resultado, geralmente em cirurgias plásticas, caso contrário não terá cumprido a sua obrigação.

#### **3.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO**

É aquela na qual o médico não assume nenhum compromisso com o resultado (a cura do paciente, por exemplo), mas sim, o dever de agir com máxima prudência, de acordo com as normas técnicas usuais, comprometendo-se a tratar do paciente com atenção e zelo.

Explicita Melo (2014, p. 78):

A natureza jurídica da prestação de serviços médicos, embora *sui generis*, é contratual, porém o profissional não se compromete com a obtenção de um determinado resultado, mas sim com prestar um serviço consciencioso, atento e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo assim uma típica obrigação de meios.

Nesse quesito os médicos, serão responsabilizados, somente, quando for provada alguma espécie de culpa: negligência, imprudência e imperícia. Assim, dispõe o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, “A veracidade de que o médico agiu com culpa caberá, em princípio, aos prejudicados, sendo facultado ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do consumidor”.

No entendimento de Matielo (2006, p.54), ele caracteriza a obrigação de meio:

Obrigação de meios é a que vincula o profissional à aplicação diligente de todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível do caso clínico que será alvo de seus préstimos. O médico não fica adstrito a um resultado final, mas tem de envidar todos os esforços e utilizar-se dos aparatos técnicos que estiverem razoavelmente ao seu alcance. A cura do paciente não é, certamente, o objetivo jurídico da contratação, embora se coloque como finalidade primacial do atendimento prestado, mesmo porque a reação dos pacientes é particular ante tratamentos estritamente iguais.

Ainda sobre obrigação de meio, para Kfoury Neto (2007, p. 178), quando a própria prestação não exige do devedor nada mais do que simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado, onde o médico que se obriga a utilizar seus esforços e todos os meios indispensáveis para obtenção da melhora de um doente, sem jamais assegurar a cura, ou seja, o resultado.

Nesta mesma linha de pensamento, Rizzardo (2015, p. 325) entende sobre a responsabilidade de meio que:

Na obrigação de meio, a assunção de obrigações limita-se ao desempenho ou emprego de determinados meios, ou de conhecimentos específicos, de práticas recomendadas, de diligência total, de um procedimento qualificado e técnico. Almeja-se alcançar um resultado, ao qual, porém, não é garantido. Promete-se, no entanto, fazer o melhor para conseguir o intento pretendido.

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), instrumento capaz de prevenir e reparar qualquer tipo de dano que advenha da relação entre médico e paciente traz, em seu art. 14, § 4º, a seguinte ressalva: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Conclui-se que a responsabilidade civil dos médicos, na qualidade profissionais liberais, será subjetiva, caberá à vítima comprovar o dano o nexo de causalidade e a culpa do médico.

O legislador adotou a teoria da culpa nos artigos 951 e 927, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda nos casos 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.

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

Comprovar a negligência, imprudência ou imperícia, na prática, é o grande tormento para as vítimas e seus familiares, devido à hipossuficiência técnica e econômica e sendo certo que o médico se encontra em melhores condições do que a vítima, para trazer aos autos elementos suficientes a comprovar sua responsabilidade (GONÇALVES, 2018).

O tribunal tem se mostrado muito exigentes na comprovação do erro médico e, em

alguns casos emblemáticos é indispensável à realização da prova pericial (resguardando-se os casos de erros grosseiros, dentre outros).

Nas palavras do doutrinador Melo (2014, p. 172):

A ação para ser julgada culposa implicará na prova do ato do profissional. A prova dessa culpa é difícilíssima, para não dizer impossível, porquanto além do provável silêncio daqueles que presenciaram o ato médico, tem-se *a priori* uma quase certeza de que a perícia judicial será elaborada contra o paciente, tendo em vista a união da classe médica na defesa de seus próprios interesses, naquilo que já se chamou de “conspiração do silêncio” ou de “confraternidade profissional”.

Mais adiante complementa Melo (2014, p. 174):

Também não está o magistrado obrigado a adotar como fundamento de sua sentença do perito oficial, podendo firmar sua convicção a partir do laudo, divergente, dos assistentes técnicos que assistiram as partes.

Nesse sentido, trazemos à citação do trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da relatoria do Desembargador Paulo César Salomão, nos seguintes termos:

A convicção do julgador está condicionada às regras jurídicas, de experiência, da lógica e do bom senso, nos termos de que dispõem os artigos 131 e 436, ambos do CPC. O fato de se adotar entendimento de laudo do perito indicado pela parte de modo algum compromete a imparcialidade da decisão. Primeiro, porque o tribunal não está adstrito ao laudo oficial. Segundo – e isso é assaz importante – porque é errôneo supor que o perito oficial tem maior autoridade e é mais digno de fé só por essa qualidade”. E conclui o ilustre relator: “O que deve contar é a sua qualificação profissional e, acima de tudo, o mérito racional de convencimento constante no laudo.

Nota-se que a comprovação da culpa é fator de extrema importância para qualquer decisão referente a responsabilidade médica por danos causados em pacientes. Salienta-se que, devido a esta importância, poderá o magistrado esgotar todos os meios necessários para a sua comprovação, antes de proferir a sua decisão, não se vinculando apenas a resultados da perícia.

### 3.2 A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Inversa da anterior, é aquela em que existe um compromisso do contratado com um determinado resultado. O contratado expressa um comprometimento de atingir um resultado certo. Esse entendimento atualmente é consenso praticamente dominante na doutrina pátria, analisando os ensinamentos de Stoco (2011, p. 556-557):

A obrigação do médico pode ser de meios, como geralmente é, mas também pode ser de resultado, como quando faz um Raio X, um *checkup*, aplica ondas de calor, dá uma injeção, faz transfusão de sangue, procede a determinada esterilização necessária ou, como já nos referimos, no caso da cirurgia plástica estética. Também há possibilidade de a obrigação do médico ser de resultado quando assume expressamente a garantia da cura.

Na obrigação de resultado, Matiello (2006, p. 56) aduz:

Algumas formas de atuação médica produzem obrigação de resultado, que é aquela

pela qual o profissional assume dever específico e certo de atingir o objetivo, descumprindo o contrato ante a singela falta de consecução da finalidade almejada. Nessa espécie de vínculo, importa o resultado final, em olhos para os meios aplicados para alcançar o desiderato a que se propôs o facultativo ao estabelecer a relação contratual. Assim, enquanto a obrigação de meios desaparece ao serem utilizados os recursos e os mecanismos apropriados para o quadro clínico, a obrigação de resultado somente promove a desvinculação do dever mediante a verificação total do objetivo fixado.

Na obrigação de resultado o médico se obriga a alcançar o fim determinado, sem o qual não terá cumprido a sua obrigação. Sobre a responsabilidade de resultado, Souza (2006, p. 40) esclarece que:

A obrigação de resultado é, pelo contrário, aquela em que há um compromisso do contratado com um resultado específico – determinado. Compromete-se o contratado a atingir um objetivo delimitado – um resultado certo – para satisfazer o que se obrigou com o contratante.

Um problema que surge ao se ponderar a obrigação de resultado é no que tange o ônus da prova. Pois, sendo de meio, o ônus da prova é incumbido à vítima, pois segundo o art. 373 do Código de Processo Civil/2015 dita que:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:  
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

Cabe inversão do ônus da prova, na obrigação de resultado cabendo ao contratado provar que agiu sem culpa e que o resultado ora esperado não aconteceu por motivos alheios a sua atuação, por força que é causa excludente da responsabilidade. Em se tratando de obrigação de resultado, o contratado, caso não atinja o comprometido, será considerado culpado preliminarmente.

Portanto, se estiverem presentes os pressupostos da responsabilidade civil (conduta do agente e dano) caberá a indenização por danos morais e materiais ao paciente que teve, em cirurgia estética, resultado contrário ao esperado e pior do que o natural anterior caberá a indenização por danos morais e materiais ao paciente que teve, em cirurgia estética, resultado diverso e pior do que o natural anterior.

Quando há dano estético, em regra, também ocorre um dano moral (não só pelas dores físicas que vier a sofrer, mas também pelo fato de sentir atingido da integridade ou na estética do seu corpo). Para muitos, a indenização por dano estético cumulada com o dano moral, da forma mais ampla possível pode parecer um *bis in idem*. Entretanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem cada vez mais permitindo a acumulação dos danos material, estético e moral, ainda que decorrentes de um mesmo acidente quando for possível distinguir com precisão as condições que justifiquem cada um deles, conforme determina a súmula 387 do STJ.

### 3.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E CULPA DO MÉDICO

Na investigação da culpa do médico há que se ter bom senso e cautela do Magistrado. Os erros médicos são muito delicados e de difícil comprovação, pois elucidam questões pertinentes à ciência médica, o que exige do Juiz, leigo no assunto, um conhecimento mínimo dessas questões somados a elementos de sua experiência comum.

O papel da perícia é de fundamental no processo em que se discute um erro médico. Caberá ao Magistrado analisar e interpretar a perícia, ponderar acerca das explicações e conclusões dos peritos, examinando profundamente a fundamentação dos laudos e, diante de todo o conjunto probatório, decidir se deve aceitá-la ou não.

Não obstante a prova pericial é revestida de cunho técnico ou científico, pode apresentar defeitos ou resultado inconclusivo como qualquer outra prova, assim por esta razão, em nome do princípio da livre convicção, o juiz poderá desprezar suas conclusões, pois ele é o *peritum*, perito.

Nesse sentido, são validas as palavras de Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 94):

O perito é apenas um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento. Seu parecer não é uma sentença, mas apenas fonte de informação para o juiz, que não fica adstrito ao laudo e pode formar sua convicção de modo contrário à base de outros elementos ou fatos provados no processo.

Com objetivo de auxiliar o juiz na análise da culpa médica, Magalhães (2004, p. 46) sugere alguns princípios gerais:

1. Quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro;
2. Clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista;
3. A questão do consentimento do paciente em cirurgia em que há o risco de mutilação e de vida é essencial e age com culpa grave o médico que submete o paciente a um procedimento de risco, sem antes certificar-se da imperiosidade de seu uso;
4. Dever-se-á observar se o médico não praticou cirurgia desnecessária;
5. Não se deve olvidar que o médico pode até mesmo mutilar o paciente, seu bem superior a própria vida do enfermo – o exigir;
6. Outro dado importante é que o médico sempre trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstância que deverá ser preliminarmente avaliada – e levada em consideração;
7. Nas intervenções médicas sem finalidade terapêutica ou curativa imediata – cirurgia plástica estética propriamente dita, por exemplo –, a responsabilidade por dano deverá ser avaliada com muito maior rigor.

Os princípios supracitados são gerais e podem ser notoriamente identificados, apesar de, os casos de culpa médica serem singulares e apresentarem-se das mais diversas maneiras. Em outros casos, contudo, o lapso do profissional não será tão evidente e será necessária a formação de provas capazes de demonstrar a efetiva ocorrência de culpa.

Muito se têm discutido entre doutrinadores e autores se existe um critério específico teórico para se dizer que o médico agiu com culpa. Não há respostas absolutas a questão é complexa. O bom médico poderia ser definido como o profissional cauteloso, que estando diante de determinada situação evitaria mais danos ao seu paciente. Contudo, é difícil conceituar o médico bom.

Atualmente, a responsabilidade médica é analisada por dois ângulos opostos, em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviços direta e pessoal do médico que atua como profissional liberal, por conseguinte a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, ou seja, das instituições hospitalares que inclui os hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos e etc. (CAVALIERI FILHO, 2015).

No ordenamento brasileiro, como norma geral o CC/02 prevê a responsabilidade do médico em seu art. 951:

art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilita-lo para o trabalho.

Como norma específica, o *caput* do art. 14 do Código Defesa do Consumidor - CDC/90 regula a responsabilidade médica empresarial, enquanto o §4º do mesmo diploma legal prevê a responsabilidade do médico como profissional liberal prestador de serviços:

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

[...]

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

Pois graças a maior conscientização da sociedade acerca dos seus direitos, o Estado acabou por converter o médico em prestador de serviços e o paciente em consumidor (STOCO, 2011).

Desta feita, o CDC estabeleceu a responsabilidade objetiva por fato do serviço para as instituições hospitalares, enquanto que, para a prestação de serviços direta e pessoal do médico como profissional liberal, ou seja, por seus próprios atos, a responsabilidade civil apenas insurgir via a espécie subjetiva, mediante comprovação de culpa (CAVALIERI FILHO, 2015).

Ademais, a atividade médica possui também regulamentação administrativa no Código de Ética Médica, o qual fora instituído pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, via

resolução nº 1.246 de 1988 (CFM, 1988).

O CFM é órgão Federal competente para estabelecer e alterar as regras de conduta profissional, com observância aos avanços da medicina, impondo aos médicos obrigações e proibições de cunho obrigatório, regulando as relações do médico com a sociedade, e em particular, com o paciente (FRANÇA, 2011).

Deste modo, tendo que o ordenamento jurídico brasileiro elegeu a dignidade humana como valor axiológico, o Código de Ética Médica impõe ao profissional de medicina como dever profissional, uma série de condutas que tem como último escopo o mais completo respeito aos direitos dos seus pacientes (MELO, 2014).

Pois, caso o médico viole o dever profissional ao qual está adstrito, e desta violação resulte dano a outrem, surgirá assim, a obrigação de indenizar para o médico com o lesado (CAVALIERI FILHO, 2015).

O ministro Ruy Rosado de Aguiar, em seu artigo sobre a responsabilidade civil do médico ensina que:

A responsabilidade civil específica do profissional médico [...], tem como pressuposto ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial (DIAS, 1999, p. 04).

Como se vislumbra no ensinamento do ministro, a relação estabelecida entre médico pode ser de natureza contratual ou extracontratual. Sendo contratual quando o profissional médico for livremente escolhido, contratado e remunerado pelo cliente, e extracontratual quando por ocorrência de situações do cotidiano, o médico presta seus serviços ao paciente (DIAS, 1999).

Entretanto, tal distinção é dispensada em termos de responsabilidade médica, pois com exceção dos casos de cirurgia estética, dado que nenhum médico por mais especialista que seja pode assumir a obrigação de curar o enfermo, claro é que, a natureza da obrigação estabelecida entre o médico e o paciente é de meio, ou seja, o médico se compromete a proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as regras e métodos da medicina (KFOURI NETO, 2007).

Nesse sentido Sergio Cavalieri Filho (2015, p. 473) afirma que o médico “não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos”.

Assim sendo, é pacífico na doutrina que o insucesso de um tratamento não gera a obrigação de indenizar do médico, para que esta se configure é necessário demonstrar que o insucesso do tratamento se deu graças a culpa do médico.

Para Miguel Kfoury Neto (2007, p. 75) a culpa do médico se verifica em:

Aquelas hipóteses em que o profissional médico demonstrará escasso ou nenhum cuidado com a vida ou a integridade física do paciente, desprezando sintomas evidentes, desconsiderando queixas sérias, retardando de maneira incompreensível procedimento urgente, sabidamente necessário por qualquer médico medianamente preparado, de eleição tão singela quanto evidente.

Tal conduta inadequada do profissional de medicina é denominado pela doutrina de “erro médico”, o qual segundo o autor Genival Veloso de França é “toda forma atípica e inadequada de conduta do profissional, caracterizada pela inobservância de regras técnicas, capaz de produzir danos à vida ou à saúde do paciente” (FRANÇA, 2011, p. 62).

O erro médico possui vedação expressa no Código de Ética Médica em seu art. 1º: “art. 1º. Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. Do mesmo modo, Rui Stoco afirma o erro médico se converte em ato ilícito por decorrência do atuar culposo, viciado pela imprudência, negligência ou imperícia. (STOCO, 2011, p. 553). De sorte, tendo em conta os valores humanos envolvidos na conduta médica, é esperado que o profissional atue com a devida prudência e diligência.

A expressão *diligência* é sinônimo de cuidado e atenção, seu oposto é a negligência. Assim, é considerada negligente a conduta médica quando o profissional falta com cuidados ou com observância as normas técnicas aplicáveis em determinado caso (MELO, 2014).

Logo, a negligência médica pode se dar em inúmeras circunstâncias. Domingos aponta como casos mais comuns: “o tratamento impróprio ou inadequado, a falta de cuidados indispensáveis, a falta de higiene, o esquecimento de compressas em operações cirúrgicas, curetagens malfeitas” entre outros (MELO, 2014).

A imprudência é considerada na conduta médica quando “o profissional agiu sem a devida cautela, conduzindo seu ato pela inconsideração, leviandade, irreflexão e inoportuníssimo, tendo sempre seu caráter comissivo” (FRANÇA, 2011, p. 80).

Nesta acepção, o autor Miguel Kfoury Neto menciona os ensinamentos Baliseu Garcia (apud NETO, 2007, p. 93) que “tacha de imprudente cirurgião que, por vaidade, resolver empregar técnica cirúrgica perigosa, sem comprovada eficiência, abandonando o seguro processo habitual”.

Para Fabricio Zamprogna Matielo (2006, p. 68),

A imprudência é a forma mais comum de culpa em erro médico, porque decorre exatamente da soberba do profissional, sentimento que o leva a agir aodadamente em relação aos procedimentos normais da ciência médica, mesmo que as circunstâncias superficialmente apontem para a possibilidade efetiva de que a conduta venha a acarretar danos.

Certo é que em diversas situações é possível confundir-se ao avaliar se uma conduta médica foi viciada por negligência ou imprudência. Todavia, a doutrina adverte que cumpre fazer especial distinção da conduta médica viciada pela imperícia, vez que é consenso que a imperícia se traduz em falta de habilidade ou ausência de conhecimentos técnicos da profissão, isto é, o despreparo prático.

Nas palavras de Rui Stoco (2011, p. 555), “há imperícia quando a técnica é correta e adequada, mas a conduta ou atuação do médico é incorreta ou desastrosa. Quer dizer o médico aplica mal uma técnica boa”.

Para Fabricio Zamproga Matielo (2006, p. 68) “a imperícia é modalidade que deixa ver a falta de apuro técnico do profissional, o desacordo entre a atuação prática e a recomendação teórica feita para o caso [...] é a inaceitável demonstração [...] de despreparo”.

Em exemplo prático, explanado por Miguel Kfoury Neto (2007, p. 92), se vislumbra a distinção entre imperícia e negligência: “se um médico injeta em um paciente soro antitetânico sem o necessário teste, será negligente, mas, se assim se comporta porque não sabe que se deve proceder à referida prova, demonstrará imperícia”

Deste modo, a configuração da culpa viciada pela negligência ou imprudência se dará via análise da conduta do médico, comparando-a com aquela que teria sido observada por outro médico de inteligência e prudência normais, enquanto que a culpa viciada pela imperícia apenas se permite ser investigada via análise dos elementos de natureza objetiva (MATIELO, 2006).

Todavia, uma vez demonstrada a culpa do médico, será indiferente a gravidade da violação do dever de cuidado do médico, para que nasça a obrigação de indenizar o paciente lesado, intervindo apenas na fixação do *quantum* indenizatório (FRANÇA, 2011).

No mais, como já mencionado, o médico está adstrito a um dever profissional que engloba inúmeros deveres, dentre os quais se destacam: “a) emprego da técnica adequada; b) informação ao paciente; c) tutela do melhor interesse do paciente” (BARBOSA, 2004, p. 61).

Acerca dos deveres do médico, Rui Stoco menciona os ensinamentos de Gustavo Tepedino (apud STOCO, 2011, p. 552):

A investigação da culpa do médico, portanto, imprescindível à configuração da responsabilidade, requer uma definição dos inúmeros deveres de que é cometido, os quais podem ser enquadrados em três categorias: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e prognóstico; b) emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.

O dever de emprego da técnica adequada impõe ao profissional o dever de se manter

atualizado para o pleno e ideal exercício da medicina, isto é, o médico deve buscar sempre estar atualizado no que se refere ao aprimoramento das técnicas de exames e tratamentos (MELO, 2014).

Nas palavras de Genival Veloso de França (2011, p. 68), para fins de responsabilidade civil do médico no tocante ao dever de emprego da técnica adequada:

Em suma, o que se quer saber é se naquele discutido ato profissional poderia admitir-se a imperícia. Se o profissional está credenciado minimamente para exercer suas atividades, ou se poderia ter evitado o dano, caso não lhe faltasse o que ordinariamente é conhecido em sua profissão e consagrado pela experiência médica.

Quanto ao dever de tutela do melhor interesse do paciente, este se projeta através do dever de obtenção do consentimento esclarecido e informado, o qual resulta do dever de informar do médico (MELO, 2014).

O dever de informar do médico possui previsão no art.34 do capítulo V do Código de Ética Médica que disciplina sobre a relação dos médicos com os pacientes, sendo proibido ao profissional médico:

Art.34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação ao seu representante legal.

De outro lado, o Código Defesa do Consumidor - CDC/90 também enumera entre os direitos básicos do consumidor “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”.

Nessa acepção, o dever de informação é fundamental na relação do médico com o paciente, pois diz respeito aos esclarecimentos da doença, as técnicas que podem ser adotadas e os riscos do tratamento. Logo, tais informações devem ser prestadas pelo médico em termos compreensíveis ao leigo, de modo suficiente para conscientizar o paciente da realidade do seu estado (DIAS, 1999).

O dever de informar do médico tem como fundamento jurídico o direito à pessoa dispor do seu próprio corpo, sendo disciplinado no art. 22 do capítulo IV do Código de Ética Médica que aborda os direitos humanos e veda aos médicos: “art. 22. Deixar de obter o consentimento do paciente ou do seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco eminente de morte”.

Nas palavras de Miguel Kfoury Neto (2007, p. 38) “consentimento é o comportamento mediante o qual autoriza alguém determinada atuação”. No ato médico, sendo este uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, a qual é tutelada pelos direitos da personalidade, o consentimento do paciente se traduz como manifestação da liberdade no

sentido de proteção contra invasões na esfera da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o ministro Ruy Rosado de Aguiar Dias esclarece que:

Toda a vez que houver um risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido, só dispensável em caso de urgência, que não possa ser de outro modo superado, ou de atuação compulsória. É que cabe ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar sobre o risco a que está submetido com o tratamento ou a cirurgia, a aceitar ou não a solução preconizada pelo galeno (DIAS, 1999, p. 9).

Deste modo, o dever de informar e o consentimento são pré-requisitos indispensáveis de todo tratamento ou intervenção médica, e na ausência destes, tendo o atuar médico resultado em danos ao paciente, eclode a responsabilidade do médico.

Assim, o dano sendo consequência da falta ou inexistência de informação e/ou do consentimento do paciente, se revela como nexos de causalidade da responsabilidade civil subjetiva do médico. Deste modo ensina Miguel Kfoury Neto (2007, p. 41) “Quanto ao nexo causal, a vítima deve demonstrar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento”. Neste passo, cabe ao médico comprovar que prestou as informações adequadas ao paciente, caso contrário exsurge o dever de reparar.

Em continuidade, no tocante à fixação do *quantum* indenizatório, o autor explana que o dano gerado em consequência da intervenção médica culposa deve ser indenizado de maneira integral, enquanto o dano que resulta da omissão da informação sobre um risco existente no tratamento ou intervenção médica deve ser recompensado tendo como parâmetro a probabilidade da decisão previsível e razoável de outro paciente, nas mesmas circunstâncias e bem informado (KFOURY NETO, 2007).

À luz dos deveres do médico, Rui Stoco (2011, p. 554) elenca algumas causas, diversas do erro médico, que poderão resultar no dever de reparar:

- I – a violação da lei ou do regulamento e o abuso de poder;
- II – a prática de experiências médicas com técnicas não aceitas;
- III – deixar de informar e aconselhar adequadamente o paciente;
- IV – o erro grosseiro no diagnóstico, como causa de insucesso no procedimento médico;
- [...]
- VII – a violação do consentimento do paciente.

Oportuno destacar que, em matéria de dano médico, este pode ser de qualquer natureza, seja patrimonial ou extrapatrimonial, conforme ensina Miguel Kroufi Neto (2007, p. 103):

Os danos médicos, portanto, podem ser materiais ou morais [...] os danos materiais, em sua maioria são consequência dos danos físicos: lucro cessante, despesas médico-hospitalares, medicamentos, viagens, contratação de enfermeiros etc. [...]. Quanto aos danos morais, incluem os danos estéticos, a dor sofrida, o profundo mal-estar advindo de danos causados à esfera das relações sexuais [...] e uma infinidade de outras

situações, sobretudo vinculadas aos direitos da personalidade.

Nesta seara, uma vez concretizado e comprovado o dano, o dever de reparar na relação médico-paciente resultará de um diálogo entre as fontes jurídicas e administrativa que regulam o dever profissional do médico: o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética Médica (BORGES, 2012).

### 3.4 DANO MÉDICO

O dano médico é o marco inicial para toda a discussão da responsabilidade civil do médico. Ele é o fato vinculante do dever de indenizar, e não haverá obrigação de indenizar sem a existência de um dano. A conduta dolosa ou culposa que não cause um dano não necessita a reparação civil. Os danos médicos podem ser físicos, patrimoniais ou morais. Os danos físicos são os que denotam maior importância, visto que uma pequena falha pode causar consequência irreversível ao paciente.

O dano patrimonial, em geral, em como consequência do dano físico: despesas médicas, medicamentos, exames, lucros cessantes e outros. Em caso de morte, surge a obrigação de indenizar, os beneficiários da renda auferida pelo falecido. Sobretudo em matéria de danos patrimoniais, em princípio nem a maior nem a menor censurabilidade da conduta do responsável, nem sua maior ou menor riqueza, nem condição social ou econômica do lesado terão reflexo na determinação do montante indenizatório. É a este respeito que se fala em função reparatória e o código civil dispõe que “indenização se mede pela extensão do dano”.

Os danos morais envolvem o sofrimento, a depressão causada pela tristeza, o constrangimento e os danos estéticos. O dano moral atinge diretamente os direitos fundamentais, como sua honra e sua integridade moral. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aplica expressamente a obrigação de indenizar dano moral no artigo 5º, incisos V e X:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – 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;

[...]

Na doutrina e jurisprudência é possível verificar aplicações práticas da distinção entre danos pessoais e materiais. A classificação de danos pessoais ganhou relevância após o

reconhecimento da tutela da dignidade da pessoa humana (art.1 III da CF) e dos direitos da personalidade (art.11 a 21 do CC), assumindo especial relevo a tutela da integridade física (o corpo, os órgãos, os membros e a imagem corpórea), psíquica/intelectual ou atributos do intelecto (que será violada com ofensas a liberdade, à intimidade ao sigilo) e moral da pessoa, gerando o direito à reparação por todos os danos resultantes de atos ou fatos que atentem contra ela. Na própria legislação há referências a essa tripartição conforme art.17 do Estatuto da Criança e do Adolescente se refere a “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente”.

### 3.5 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

A doutrina adepta a teoria da causalidade adequada divide-se entre duas correntes de entendimento: para uns, causa adequada é aquela que favorece a produção do dano; para outros, causa adequada é aquela que não é estranha a tal produção. Daí resulta-se as duas formulações positiva e negativa.

Confrontado as duas formulações, observe-se o dano acontecido pode não ser uma consequência provável do fato, nos termos da formulação positiva, e, todavia, também não lhe ser indiferente, configurando causa adequada na formulação negativa.

Exemplo: não deixa de haver adequação se o tiro que matou a vítima foi disparado a uma grande distância, de tal maneira que era muito pouco provável que a atingisse.

A teoria da causalidade necessária admite que o art. 403 do Código Civil deva ser interpretado em sentido diverso do seu teor literal demonstrando que sua letra é demasiada estreita e que é preciso ampliar seu alcance. Dessa maneira, no campo da responsabilidade civil não há de se discutir equivalência das condições, uma vez que será o motivo do resultado somente aquela que tiver interferência decisiva na produção do evento. Essa análise é realizada em abstrato, ou seja, deve-se examinar, se a condição determinante para a produção do evento danoso é, em abstrato, adequada à produção deste.

A teoria crítica separa esses quesitos afirmando que existe hierarquia entre eles. Rui Stoco (2011, p. 03) adota a teoria da causa eficiente.

Diz-se que a responsabilidade inicia, quando o médico se dispõe a assistir o enfermo para encontrar a cura, minorar os efeitos da doença ou controlar a enfermidade. É fácil entender que dessa aproximação, surge entre ambos um vínculo de natureza contratual ou extracontratual estabelecido numa relação de confiança do médico.

Observa-se, portanto, que para a teoria da causalidade adequada, causa é o elemento necessário que está direta e imediatamente ligado com o resultado. Diante disto, nem todas as

condições são causas, mas somente aquela mais apropriada a provocar concretamente o dano.

### 3.6 TIPOS DE ERROS

Existem vários tipos de erro médico. Bernardi (2000, p. 30), enumera sete erros que podem acontecer diante das condutas dos médicos, quais sejam: erro doloso, erro diagnóstico, erro de conduta, erro deliberado, erro profissional, erro técnico e por fim erro grotesco ou grosseiro. O erro doloso“ [...]é aquele cometido voluntariamente. Trata-se de um crime”.

De acordo com Schaefer (2011, p.61)

Todas as ações dos crimes dolosos não poderiam ser produzidas sem a vontade dirigida àquele fim. O dolo, assim foi dividido; dolo normativo. Será dolo natural, para a doutrina finalista, quando o agente agiu com vontade e consciência voltadas à realização do dano, mesmo sem ter conhecimento da sua ilicitude. Será dolo normativo, para a doutrina classista, além da vontade e consciência de realizar a conduta, a consciência da ilicitude (é esta a orientação adotada pelo Código Penal Brasileiro).

Podemos fazer a distinção entre os erros destacando da seguinte forma, erro escusável e ao erro inescusável. Segundo entendimento de Schaefer (2011, p.62) o erro escusável “é aquele que era inevitável, ou seja, mesmo que o agente tivesse tomado todas as cautelas o dano ocorreria”.

Já o erro inescusável “é aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado cautelas diversas e necessárias antes de agir é, portanto, evitável”. (SCHAEFER, 2011, p. 62).

No que tange sobre o erro de diagnóstico evitável, afirma Schaefer (2011, p. 66):

O erro de diagnóstico evitável traz complicações às vezes seríssimas ao paciente, que vão desde dificuldades emocionais, até realização de tratamento errado que acarreta consequências graves tantas vezes irreversíveis à saúde do paciente, podendo levá-lo, inclusive, à morte.

Carvalho (2013) salienta que “muitas vezes o erro no diagnóstico poderia ser evitado, se fosse realizado uma investigação mais detalhada, quase sempre marcada pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência do investigador”.

Conforme notícia veiculada na mídia, “A cada 5 minutos, 3 brasileiros morrem em hospitais por falhas” resultado da pesquisa realizada nos últimos 12 meses. Ainda na mesma matéria o informativo de que nos últimos 7 anos no Brasil, só 3,7% dos médicos punidos perderam o registro profissional. (INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2017, p. 01)

Cerca de 829 brasileiros morrem diariamente em hospitais públicos e privados por falhas que poderiam ser evitadas, segundo o Anuário da Segurança Assistencial Hospitalar no

Brasil, realizado pelo IESS (Instituto de Estudos de Saúde Suplementar). Esta é a segunda causa de morte mais comum no Brasil. Fica atrás apenas das doenças cardiovasculares, responsável pela morte de 950 brasileiros por dia, como estima a Sociedade Brasileira de Cardiologia. Mas é bem maior do que os do que os óbitos causados por câncer (de 480 a 520 mortes/dia), violência (164 mortes/dia) e acidentes de trânsito (129 mortes/dia). Em 2016, 302.610 brasileiros morreram em hospitais como consequência de um "evento adverso", que inclui erros de dosagem ou aplicação de medicamentos, uso incorreto de equipamentos, infecção hospitalar, entre outros. "Não significa, necessariamente, que houve um erro, negligência ou baixa qualidade, mas trata-se de incidente que poderia ter sido evitado", explicou Tania Grillo, professora da Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais e uma das coordenadoras da pesquisa. (INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2017, p. 01)

Além das mortes, os "eventos adversos" impactam cerca de 1,4 milhão de pacientes todo ano com sequelas que comprometem as atividades rotineiras e provocam sofrimento psíquico. Esses efeitos também elevam os custos da atividade assistencial. O Anuário estima que os eventos adversos resultaram em gastos adicionais de R\$ 10,9 bilhões em 2016. (INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2017, p. 01)

As principais vítimas dos chamados "eventos adversos" são os bebês com menos de 28 dias de vida e os idosos acima dos 60 anos.

O Anuário da Segurança Assistencial Hospitalar no Brasil se baseou nas altas hospitalares de 133 hospitais, que prestam serviços a operadoras de saúde suplementar do Brasil que cobrem 7.685.748 dos beneficiários. Foram avaliadas 100% das altas hospitalares cadastradas no período de 1º de julho de 2016 a 30 de junho de 2017. (INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2017, p.01)

#### **4 O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA SOBRE OS CASOS DE ERRO MÉDICO**

Após o exame das questões teóricas gerais a respeito do erro médico e suas matérias correlatas nas relações de médico-paciente sob o viés da responsabilidade subjetiva, o trabalho elucidou os aspectos específicos atinentes ao dano extrapatrimonial, e as obrigações atinentes ao profissional, bem como o instituto do dano moral em decorrência do erro médico, incluindo o esboço histórico, a crítica as objeções ao instituto, os elementos caracterizadores, o procedimento de reconhecimento do dano, os critérios de arbitramento e de destinação das compensações e a possibilidade de aplicação do instituto com o caráter predominantemente dissuasório. O quarto capítulo do estudo, no entanto, é destinado a investigar de que forma o Tribunal de justiça de Santa Catarina tem se direcionado em relação ao assunto, para que, a partir do exame dos precedentes, seja possível deduzir os pontos positivos e negativos das interpretações desenvolvidas na corte, de modo a contribuir com o aperfeiçoamento da compreensão do instituto pelos juristas. Basta ligeiro exame das decisões judiciais para verificar a progressiva importância que a jurisprudência tem assumido no ordenamento brasileiro, enquanto fonte de direito. As decisões dos tribunais são repetidamente utilizadas como razões de decidir dos magistrados e magistradas, sobretudo na aplicação dos institutos de elevada complexidade ou cuja peculiaridade cause dificuldade aos juristas, como é o caso do erro médico, que não deixa de se enquadrar nas relações de consumo. Para tanto, pertinente explorar o conceito e utilidade da jurisprudência para alguns dos principais estudiosos do direito. Para Diniz (2018, p. 47):

Jurisprudência é o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultante da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares e idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

A jurisprudência, enquanto conjunto de decisões orientadas em um mesmo sentido, permite às partes que tenham uma visão mais clara do pensamento dos estudiosos e do pronunciamento das cortes em casos semelhantes. No presente estudo, optou-se pela terminologia precedentes pelo fato de que a orientação das decisões a serem investigadas não são necessariamente no mesmo sentido. A finalidade do estudo de precedentes é demonstrar a evolução do entendimento da corte, no caso em comento do TJSC, desde o entendimento inicial a respeito do instituto, a evolução da compreensão, os problemas atuais e as possíveis soluções, de modo a contribuir com a aplicação do instituto do erro médico para melhor tutelar os direitos do paciente e orientar os procedimentos preventivos do profissional médico ou dentista. Cientes

da importância dos precedentes do nosso Pretório, os juristas terão a oportunidade de assimilar a receptividade e as dificuldades dos julgadores e julgadoras a respeito do instituto, particularmente nos pontos destacados no trabalho, bem como das justificativas para a caracterização do erro dano e dos critérios de arbitramento utilizados.

#### 4.1 JULGADO DO TJSC DE PROCEDÊNCIA DE ERRO MÉDICO, E CONSEQUENTE CONDENAÇÃO:

O acórdão objeto de análise deste tópico refere-se ao processo de nº. 0001555-64.2002.8.24.0058 de São Bento do Sul, julgado na Quarta Câmara de Direito Civil, o qual foi Relator o Desembargador José Maurício Lisboa. Inicialmente, o acórdão trata sobre a possibilidade de cumulação de benefício previdenciário com a pensão mensal, considerando plenamente possível. Benefícios que possuem naturezas/fatos geradores distintos. Tese estabelecida no STJ, pois eis que oriundos de institutos diferentes:

É perfeitamente possível a cumulação das parcelas de pensão indenizatória por ilícito civil e de benefício previdenciário, sem que isso importe em ofensa ao princípio da reparação integral (STJ, AgRg no AREsp n. 541.568, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva). (TJSC, AI n. 4010151-55.2016.8.24.0000, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 18-4-2017). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0011617-83.2012.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 02-10-2018).

Observa-se que, há uma grande preocupação em relação ao princípio da reparação integral, tendo em vista sua relação direta com a responsabilidade civil do médico, o que pode-se observar diante das demais decisões mencionadas no próprio acórdão.

##### 4.1.1 Do contrato e das obrigações oriundas

Aqui o ilustre desembargador destaca o contrato médico, como o dever de informar, obrigação presente no código de ética da classe, deixando claro a consonância com princípios constitucionais de transparência e acesso à informação. Destacou a importância do respeito ao ser humano, em homenagem ao princípio da dignidade humana.

Destaca-se, inclusive, que sobre o contrato médico existem algumas obrigações implícitas, como o "dever de informação. O médico deve esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhamento a ele e a seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado." Bem como, "quando os prognósticos são graves, é preciso conciliar esse dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente, pra não leva-lo à angústia ou ao desespero (CHAMARD; MONZEIN, 1974, p. 132 *apud* STOCCO, 2004, p. 530).

Neste excerto do acórdão pode-se colher dos artigos do Código Civil de 1916, vigente até 2002, foram substituídos pelos atuais: 186 e 927 do Novo código, sendo que o erro para ser configurado carece da tríade: negligência, imperícia e imprudência. Sobre a matéria, dispõe os arts. 159 e 1.545 do Código Civil de 1916:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.  
A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553. Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

Nessa mesma senda, o Código de Defesa do Consumidor prescreve que considerando a incidência da relação de consumo, o ilustre desembargador destaca o previsto no artigo 14, parágrafo 4, principal imputação ao médico com relação a responsabilidade subjetiva aspecto incontroverso da doutrina quando aprecia a tese. Destaca-se que a responsabilidade do estabelecimento é de caráter objetivo.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]  
§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

As provas colacionadas aos autos têm de ser produzidas pelo credor, no caso o paciente, dentro do que preceitua o artigo 1315 do Código Civil. Para que se apure com equidade a culpa do agente sua conduta, e conseqüentemente, se houve erro médico. Se realmente houve falha na obrigação fazendo nascer a responsabilidade civil de indenizar.

A partir disso, a questão posta nos autos redundava em definir se as provas colacionadas demonstram a conduta negligente e/ou imprudente do médico apelante, assim como o respectivo nexos causal com o dano sofrido pelo autor (amputação da perna esquerda), a ensejar os pleitos indenizatórios.

Dos procedimentos médicos em relação ao paciente.

Necessário esclarecer então se diante do quadro apresentado pelo paciente, os procedimentos adotados pelo apelante foram corretos, ou seja, se poderiam evitar as complicações advindas da fratura, que resultaram na amputação de sua perna, e se foram condizentes com a literatura médica.

Para tanto, colhe-se dos apontamentos efetuados pelo perito nomeado judicialmente (fls. 345-369), que os critérios "para as lesões traumáticas, os critérios de necessidade, isto é, aqueles que por não se constatarem negam, por si só, o nexos de causalidade, são: - Topografia; - Sequencia temporal (cronológica); - Gradiente biológico (intensidade); Plausibilidade biológica; e, - Coerência (evolução).", ao passo que "a resposta positiva a estas questões irá conduzir o raciocínio na direção do reconhecimento técnico da relação casual entre a doença e o trauma".

Importante mencionar, que para que haja nexos de causalidade em relação a ação do médico e o dano é necessário que este tenha agido com negligência, imprudência ou imperícia, pois do contrário não há que se falar em responsabilidade qualquer sobre o médico.

#### 4.1.2 Do laudo pericial

A perícia é fundamental, pois os magistrados não são médicos e devem se orientar pelos laudos produzidos pelos especialistas, que isentos produzem um documento com as respostas aos quesitos, onde se chega a conclusões de imperícias, ou condutas erradas, decisões incorretas e falta de habilidade em seu labor. É sem dúvida uma prova importante que pode conduzir a condenação ou a absolvição do médico. Em que pese já mencionado neste trabalho que a perícia somente orienta o magistrado, este unguido do livre convencimento.

Em decorrência, diante dos fatos narrados, dos documentos acostados, do tipo de fratura sofrida pelo autor (fratura cominutiva de epífise tibial; obstrução total da artéria poplítea; aspecto compatível com esmagamento arterial - fl. 61) e de suas consequências (amputação da perna esquerda), concluiu o expert que "avaliando a situação conforme estes conceitos, a perícia compreende que o nexa causal pode ser estabelecido" (fl. 359); e que "conforme barema ou tabela de avaliação de IFP esta lesão corresponde a perda de 65% da sua capacidade fisiológica" (fl. 360), com "o prejuízo psíquico como de grau médio (grupo 3), em uma escala que inicia no grupo 1 (leve) ao grupo 5 (muito importante), pelo trauma vivenciado e pela sequela apresentada" (fl. 363), registrando, inclusive, que "as lesões articulares envolvendo joelho (fraturas e luxações) devem gerar alta suspeição de lesões vasculares associadas" (fl. 363).

Convém notar, outrossim, que ao responder os quesitos complementares do réu, o profissional técnico consignou que:  
[...]

Conclui-se ao analisarmos detalhadamente os dados da perícia aqui expostas a responsabilidade exigida do médico, responsabilidade exigida pelas suas próprias instituições de classe: o médico, ao proceder transferência inter-hospitalar de pacientes, deverá obedecer às normas estabelecidas pela Resolução no 1.672/2003 do CFM. Os diretores técnicos das instituições de saúde, inclusive os dos serviços de atendimento pré-hospitalar, serão responsáveis pela efetiva aplicação das referidas normas. A referida resolução dispõe em seu "Art. 1º - Que o sistema de transporte inter-hospitalar de pacientes deverá ser efetuado conforme o abaixo estabelecido: inciso IV— Antes de decidir a remoção do paciente, faz-se necessário realizar contato com o médico receptor ou diretor técnico no hospital de destino, e ter a concordância do(s) mesmo(s). No caso em comento o profissional agiu com imprudência, deixando de atentar para os detalhes técnicos de transferência do paciente o que influenciou diretamente na perda da perna.

5) em razão da fratura polifragmentar do joelho, o procedimento adotado pelo réu, ou seja, imobilizar a perna do paciente, por "tala" e levemente flexionada, e posteriormente (ao retorno do paciente no dia seguinte ao atendimento apresentando dor e com o pé isquêmico - com suspeita de falência circulatória) determinando que o mesmo fosse encaminhado com urgência imediata para um vascular em um centro maior, é o procedimento correto? (fl. 486)

R.: Não cabe à perícia se posicionar sobre a conduta médica. Todavia, as normas éticas dos Conselhos de Medicina são claras quanto aos procedimentos de transferência: cabe a médico ass— Antes de decidir a remoção do paciente, faz-se necessário realizar contato com o médico receptor ou diretor técnico no hospital de destino, e ter a concordância do(s) mesmo(s). istente entrar em contato com o hospital de maior capacidade de resolução do caso e providenciar transporte adequado à situação.

[...] Quando um médico necessita transferir um paciente de um serviço para outro dentro de uma mesma instituição, deve antes cientificar-se e certificar-se da existência de vaga e fazer a transferência formalmente, ou seja, por escrito e justificadamente. Esta exigência não exclui o contato pessoal com o médico do outro serviço, o qual deverá estar ciente de tudo e consentir com a transferência. [...] Decidida a transferência [...]; se necessária uma imobilização esta deverá ser feita [...]. O médico deverá preparar um relatório de transferência que contemple desde as hipóteses diagnósticas até as medidas terapêuticas tomadas, bem como os motivos da transferência (fl. 532-533 - grifei).

6.1) A demora (atraso de pelo menos mais de um dia) para o paciente atender a solicitação do réu em procurar um especialista o qual foi encaminhado, pode ter influenciado no quadro deste dano sofrido? (fl. 486)

R.: [...] cabe ao médico assistente a responsabilidade da transferência, que inclui: saber o momento certo de realizar, contatar o médico que receberá, providenciar transporte adequado, etc. [...] A responsabilidade inicial de remoção é do médico transferente, assistente ou substituto, até que o paciente seja efetivamente recebido pelo médico receptor (fl. 533 - grifei).

À guisa do exposto, aliás, não se pode deixar de destacar os demais depoimentos firmados (fls. 592-596):

Depreende-se da prova oral colhida nos autos que após a imobilização da perna do autor e sua alta, já no primeiro dia, estava com muita dor. Que desde o dia do acidente até os 7 dias seguintes, seu pai lhe buscava uma receita, por causa das dores que sentia. Que seu pai foi ao hospital, pois o Dr. Humberto não atenderia pelo SUS novamente. Que em um dado momento, seu quarto estava fedendo, sendo que a dor que sentia era insuportável. Que vivia a base de medicamentos, cujas receitas foram prescritas pelo réu. Que um certo dia, sua mãe "enfrentou" o Dr. H, falando que este iria atender o depoente. No mesmo dia, no hospital, foi removida a tala onde se constatou a necrose, sendo então orientado ao depoente e sua família a procurarem um angiologista. Que foi para Joinville, de carro. Que chegando no hospital, foi atendido por Dr. Seno Hagemann e sua equipe, no que foi encaminhado imediatamente para cirurgia, sendo dissecada sua perna esquerda para tentar conter a necrose e infecção. Esclareceu o depoente que os médicos em Joinville fizeram todo o possível para manter sua perna, sendo que todos os dias eram tirados pedaços apodrecidos desta. Que não pegava anestesia e, que depois que foi atendido pelo Dr Seno, nunca mais entrou em contato com Dr H.. Que a cidade de Campo Alegre era um centro menor que Rio Negrinho, mas considerado excelente em ortopedia por causa do Dr. D.. Que não sabe dizer se à época, Campo Alegre possuía equipamentos de arterioscopia e de ressonância. Por fim, salientou que foi transportado de Rio Negrinho a Campo Alegre em uma ambulância e que a rodovia já era asfaltada naquela época (registro audiovisual de fl. 547).

A testemunha do réu, R. M. G., aduziu que o procedimento de imobilizar a perna levemente flexionada e, no dia seguinte, estando o paciente com dor e pé isquêmico, com suspeitas de falência circulatória, é correto determinar o encaminhamento, com urgência, deste paciente a um centro maior, sendo que o dano vascular, poderia ser causado no próprio transporte de Rio Negrinho a Campo Alegre. Esclareceu que a artéria, naquela região, é bem próxima ao osso e, assim, com o movimento dos fragmentos ósseos, poderia romper artérias, nervos e etc. Que com a tala, estes fragmentos ósseos não podem se mover. Esclareceu que há 29 anos trabalha como médica em Campo Alegre, sendo que, naquela época, não havia no hospital o equipamento para fazer a arterioscopia e nem equipamento para fazer ressonância magnética. Contudo, se o autor tivesse ido, de imediato, a Joinville, o dano poderia ser evitado. Que a fratura cominutiva fragmentada é passível de correção, não perfeita, mas é corrigível. Que após a imobilização com tala, é recomendável a observação sempre. Disse, ainda que, ao se verificar no raio-x a fratura como a do autor, é possível

suspeitar de um rompimento vascular ou de um agravamento, sendo que referido agravamento não é verificado em um raio-x.

No entanto, pela gravidade do raio-x e do acidente, é suspeitável um rompimento vascular. [...] (registro audiovisual de fl. 547).

E, a resposta do assistente técnico do autor quanto aos quesitos complementares formulados, também é de ser registrada:

[...] 3) A dor que era relatada pelo autor não inferia problema mais severo em sua perna? A queixa poderia ser ignorada pelo réu?

R.: [...] quando a dor é severa, diária permanente e que não reduz com uso de analgésico e imobilização há forte indício de complicação. No caso em questão, há relato do autor que por diversas vezes e diversos dias o seu pai procurou o réu para afirmar que a dor não cessava e era então prescrito outro medicamento, sem ter sido feita uma nova avaliação (fl. 535). [...]

Aqui, neste trecho do acórdão o juiz relata haver o nexa causal. O liame entre o dano e a conduta imperita do médico fazendo aflorar o dever de indenizar, nota-se que o magistrado em seu elevado tirocínio, foi construindo passo a passo, pelas diversas condutas e fatos relatados, a tríade: negligência, imprudência, e imperícia, deixando claro a culpa do médico, sua responsabilidade subjetiva evidente. Tudo feito a luz da jurisprudência pátria e da melhor doutrina. Como se constata abaixo.

Nesse trilhar, convém ratificar que os depoimentos esclarecedores das testemunhas trazidas pelo próprio réu que comprovam que em fraturas polifragmentadas, ainda mais em casos como do autor, deve o médico tomar o cuidado para possíveis agravamentos tais como obstruções na artéria, à vista que os ossos naquela região, são próximas às artérias (fl. 596), **revelando-nos, pois, o nexa causal objeto da contenda. (grifei e sublinhei)**

Posta assim a questão, é de se dizer que o laudo pericial, apoiado nas provas testemunhais colhidas, apontam a responsabilidade do apelante pela amputação da perna do autor, considerando que a oclusão arterial decorreu do atendimento desidioso/negligente então prestado.

E tal responsabilidade, oportuno salientar, é decorrente de erro, que em hipóteses como a em voga se configura quando "o médico que deixa de recorrer a outro meio de investigação ao seu alcance ou profere um juízo contra princípios elementares de patologia" (CHAMARD, MONZEIN, 1974, p. 132; STOCO, 2004, p. 541).

A demonstração de negligência veio a tona pelo procedimento médico adotado, a imobilização inadequada da perna causou posteriormente a sua perda-amputação, uma conduta típica de desleixo, falta de cuidado, uma atitude omissiva clássica, deixando de usar a melhor técnica, deixou de cumprir corretamente sua função de salvar a perna do paciente. Conduta clara explanada pela doutrina e jurisprudência, dando azo a imputação do profissional.

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

Não se pode perder de vista que ainda que a técnica inicial praticada pelo apelante tenha sido adequada (tala/imobilização do membro), sua conduta/atuação foi incorreta/desidiosa, demonstrando sua negligência, a qual se opera quando "contém o 'erro inescusável' ou não justificável, portanto erro punível no plano civil e que impõe o dever de reparar" (p. 532).

Em razão dessas considerações, passa-se à apreciação das reparações impostas.

Enfatiza o apelante que os danos morais e estéticos não foram aplicados em conformidade com o ordenamento jurídico vigente há época dos fatos, salientando que "o magistrado utilizou a Carta Magna de 1988 [...]. Sendo assim, tem-se que o nobre magistrado entrou em contradição, pois, vem a fundamentar pleito em ordenamento jurídico que na época dos fatos não encontrava-se vigente"; além do que, "não havia inserido explicitamente no Código Civil de 1916 uma regra sobre o dano moral, para conceder a reparação em casos previstos" (fl. 621-622), ferindo, assim, o princípio da anterioridade das leis.

Entretanto, tal tese não prospera, tendo em vista que o Código Civil de 1916 já previa tal garantia quando o médico era obrigado a responsabilizar-se por danos causados a terceiros, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (arts. 159, 1.539 e 1.545).

No que se refere à insurgência atinente ao valor arbitrado a título de lucros cessantes/danos materiais, sob a assertiva de que "o magistrado não poderia fixar o valor à esmo, ou seja, simplesmente aludindo três (03) salários mínimos. Este deveria ser fundamentado no ganho equitativo percebido pelo autor na época dos fatos. Como o autor não logrou êxito em comprovar, a fixação da pensão deveria ser no importe de um salário mínimo e não mais do que isso" (fl. 624), carece de interesse o recorrente, vez que aludida fixação deu-se na forma ora pretendida.

Do mesmo modo, a alegação de que a pensão deveria ir até os 65 (sessenta e cinco) anos de idade do autor, e não na forma vitalícia, devendo-se contar a partir do trânsito em julgado da ação, é de ser inacolhida.

Sobre o assunto, dispõe o art. 1.539 do Código Civil de 1916: Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Com a grave perda de órgão fundamental sendo este evento diretamente relacionado aos procedimentos médicos, recai sobre ele a responsabilidade de indenizar como nos ensina o Art. 186 CC: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Com todos os acessórios de lucros cessantes, perda da capacidade laborativa da vítima, descritos no mesmo diploma legal.

#### **4.1.3 Da pensão vitalícia e sua manutenção pelo TJSC**

No referido acórdão foi analisada a possibilidade da pensão vitalícia, isto porque, o dano, resultado do erro médico, foi um erro irreparável, e que prejudicou o paciente em sua capacidade laborativa. Confirmada a tese da pensão vitalícia pelos tribunais superiores.

REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. PENSÃO VITALÍCIA DEVIDA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "a vítima do evento danoso - que sofre redução parcial e permanente da capacidade laborativa - tem direito ao pensionamento previsto no artigo 950 do Código Civil, independentemente da existência de capacidade para o exercício de outras atividades, em virtude de maior sacrifício para a realização do serviço." (REsp 1.292.728/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/8/2013, DJe 2/10/2013). Precedentes: REsp 1.514.775/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 23/8/2016, DJe 10/11/2016; AgRg no AREsp 636.383/GO, Rel. Ministro

Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3/9/2015, DJe 10/9/2015; AgRg no REsp 1.295.001/ SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/6/2013, DJe 1º/7/2013; e, REsp 903.258/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 21/6/2011, DJe 17/11/2011.

Assim, deve ser restabelecida a pensão vitalícia fixada em sentença no juízo de 1º grau.

Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos, dando provimento ao recurso especial (STJ. EDcl no AgInt no Agravo em recurso especial nº 882.924 da Segunda Turma, pelo Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO, j. 21/09/2017).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. AMPUTAÇÃO DA PERNA. DANOS MORAIS. PENSIONAMENTO VITALÍCIO. HONORÁRIOS.

Sentença de parcial procedência, que condenou o réu ao pagamento da indenização por danos morais e de pensão mensal vitalícia. **Lauda pericial taxativo quanto à ocorrência do erro diagnóstico e seu nexa de causalidade com a lesão sofrida pelo recorrido (amputação da perna causada por gangrena).** Sentença que corretamente reconheceu a responsabilidade civil do Estado. Verba reparatória do dano moral, que merece ser reduzida a fim de que sejam respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como a média dos valores fixados por esta Corte Estadual e pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes. Pensionamento por invalidez permanente, que deve ser vitalício, sem que haja o limitador da expectativa de vida da vítima, pois acompanhará o lesado por toda a vida. Jurisprudência remansosa da Egrégia Corte Superior. (grifei sublinhei)

Quanto à aventada impossibilidade de dupla penalização, caso a parte apelada estivesse recebendo pensão previdenciária na época dos fatos, bem se sabe que a referida cumulação (benefício previdenciário + pensão mensal) é viável, em razão das naturezas distintas dos fatos geradores, vez que um detém caráter assistencial, enquanto o outro decorre de ato ilícito.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...] o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto, ambos têm origens distintas. Este, pelo direito comum; aquele, assegurado pela Previdência. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba." (AgRg no Resp 1.388.266/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 10-5- 2016, DJe 16/5/2016).

Mutadis mutandis, é também o que entende esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO BICICLETA E VEÍCULO AUTOMOTOR. FALECIMENTO DO CICLISTA. AÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO. PROCEDÊNCIA À ORIGEM. PENSÃO MENSAL DEVIDA À VIÚVA E ÀS FILHAS. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZAS JURÍDICAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO. "É perfeitamente possível a cumulação das parcelas de pensão indenizatória por ilícito civil e de benefício previdenciário, sem que isso importe em ofensa ao princípio da reparação integral" (STJ, AgRg no AREsp n. 541.568, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva). (TJSC, AI n. 4010151-55.2016.8.24.0000, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 18-4-2017). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0011617-83.2012.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 02-10-2018, grifo nosso).

No que concerne ao pedido de minoração do valor arbitrado a título de danos morais, seu desprovimento também é devido, cujos fundamentos serão devidamente expostos em seguida, quando da análise do recurso adesivo do autor.

Por fim, quanto ao aventado prequestionamento, insta esclarecer que o Magistrado não está adstrito a analisar exaustivamente todos dispositivos legais tentados pela parte apelante quando resolve a lide satisfatoriamente.

Até porque, é cediço que "para que se tenha por configurado o pressuposto do pré-questionamento é bastante que o tribunal de origem haja debatido e decidido a questão federal controvertida, não se exigindo que haja expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial" (STJ, EREsp n. 198.413/AL, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

Sem destoar, colhe-se precedente deste Sodalício:

Assim, diante dessas lições jurisprudenciais e doutrinárias, dando conta do valor a ser deduzido, assim como dos fatos ocorridos no bojo do processado, anoto que o quantum indenizatório deve acompanhar o que vem decidindo esta Corte, mutatis mutandis, vejamos:

APELAÇÕES CÍVEIS E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MOTOCICLISTA QUE TEM A TRAJETÓRIA INTERCEPTADA POR CAMINHÃO QUE INGRESSA NA VIA PROVENIENTE DE ESTACIONAMENTO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DOS RÉUS, DE FORMA SOLIDÁRIA, AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS, LUCROS CESSANTES, PENSÃO MENSAL E DANOS EMERGENTES. CONDENAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS RESTRITA À RÉ SEGURADA, POIS NÃO RECONHECIDA A COBERTURA SECURITÁRIA. APELAÇÕES E AGRAVO RETIDO CONHECIDOS. APELAÇÃO DA RÉ SEGURADORA DESPROVIDA E PROVIDO PARCIALMENTE O APELO DA RÉ SEGURADA. 1. AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA RÉ SEGURADORA. É permitido o litisconsórcio, com condenação solidária entre o causador do dano e seguradora, consoante posição firmada pelo STJ no julgamento do REsp n. 925.130-SP, sob o rito do art. 543-C do CPC.

DA CULPA PELO ACIDENTE. É exclusiva a culpa do motorista que, ao sair do estacionamento, interceptou a trajetória da motocicleta pilotada pelo autor quando este trafegava em sua mão de direção. 3. DO QUANTUM DEBEATUR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. Ao fixar o dano moral, deve o julgador mensurar as particularidades de cada caso, sopesando a situação econômica das partes, o grau de culpa do ofensor, a extensão do dano e a sua repercussão. Aliado a isso, deve arbitrar o valor que entender justo, adequado, razoável e proporcional. In casu, o quantum merece ser mantido em R\$ 40.000,00 diante dos fatos do caso concreto. (...) (Apelação Cível n. 0009719- 90.2010.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 01-12-2016 - grifei).

Por conseguinte, consideradas as circunstâncias do caso e a necessidade de uma indenização fundamentada na razoabilidade da conduta diante do dano sofrido, estimo que o valor fixado pelo juízo de origem - R\$ 40.000,00 a título de danos morais e R\$ 20.000,00 a título de danos estéticos - carece de alteração.

Frente ao exposto, conheço em parte do recurso do réu e, nesta, nego-lhe provimento; e, conheço do recurso do autor e nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

Este é o voto.

Gabinete Des. Subst. José Maurício Lisboa

Do corpo do acórdão se extrai que a jurisprudência acompanha o entendimento da doutrina, sendo que há necessidade da tríade: Negligencia, Imperícia, e imprudência, ou seja, agir o médico com culpa, concorrendo diretamente e subjetivamente, para o evento prejudicial ao paciente. Como se espera há testemunhas que são fundamentais, e provas periciais, que são imprescindíveis. Isso se dá de forma invariável; o pedido de prova pericial, pois como se sabe o juiz não tem formação médica, e claro, precisa estar muito bem assessorado pois dela, da perícia, decorrem elementos que tem o condão de absolver ou condenar o médico.

O acórdão é elucidativo e verdadeira aula, resumo de praticamente toda matéria que se podia ventilar de uma condenação por erro médico, deveras, muito rico em detalhes que enobreceram a decisão, deixando-a sem retoques e condenando o médico réu além de pagar os danos morais e estéticos, a uma pensão vitalícia pela perda da capacidade laborativa ideal do autor, este que sofreu a perda da perna por culpa do médico réu.

#### 4.2 JULGADO DO TJSC DE IMPROCEDÊNCIA DE ERRO MÉDICO, E CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO

Novamente o autor colaciona um julgado paradigma de improcedência, em que se mostra estar presentes os requisitos para tal.

Destaca-se que a prova pericial foi de suma importância para a procedência ou improcedência das apelações. Porque foi através dela, da perícia, que se constatou o nexo de causalidade, entre o tratamento, ou intervenção médica e o dano causado ao paciente. É através da perícia que se reforçou a obrigação de meio, a correta observância ao protocolo, a melhor técnica, afastando a negligência imperícia.

O autor colou no presente trabalho acórdão paradigma, referente ao processo de nº 0045620-05.2005.8.24.0038, de Joinville, julgado pela Primeira Câmara de Direito Civil, a qual foi relatora a desembargadora Rosane Portella Wolff, que ilustrará na quase totalidade as decisões do TJSC, em suas câmaras cíveis os fundamentos das improcedências, bem como de sua procedência pelo Tribunal, o que passa a fazer a seguir:

A análise do presente acórdão de improcedência, deixa claro, que fundamental é a presença de culpa, para que o médico tenha responsabilidade subjetiva dos atos de imperícia, imprudência, e negligência, bem como a perícia para constatar o nexo de causalidade e a eventual condenação do médico. A dúvida só favorece o suposto erro médico. Ela, a culpa no caso em concreto precisa ficar evidenciada, assim como no caso em comento o profissional necessita ter vínculo com o hospital para que o mesmo seja responsabilizado, este de forma subjetiva, e aquele, de responsabilidade objetiva, suportada pelo nosocômio.

No caso ora explanado a paciente realizou uma cirurgia cesariana para o nascimento de seu filho, sem qualquer anormalidade aparente durante o procedimento. Contudo, decorrido certo tempo, afirmou que dores abdominais e sangramentos persistiam, tendo procurado auxílio médico e sido submetida a nova cirurgia para a retirada de resíduos placentários. Em razão do procedimento emergencial restou à autora uma cicatriz vertical na região do abdômen. Por tais fatos pleiteou pela procedência dos pedidos, com a consequente condenação das rés a indenizar danos morais e estéticos. Ao contestar a ação, o réu D. K. arguiu a preliminar de carência da ação em decorrência da exposição fática inicial ser insuficiente para ensejar a demanda. No mérito, alegou não ser possível estabelecer nexo causal entre a situação atestada pela autora e a responsabilidade médica. Nesses termos, pugnou pela improcedência dos pedidos.

A ré Unimed contestou demanda, preliminarmente atestando a ilegitimidade do pólo passivo. Além disso, alegou a inexistência de culpa, pugnano pela improcedência dos pedidos.

Restando frustrada a conciliação, realizou-se audiência de instrução e julgamento (fl. 379).

As partes apresentaram alegações finais, reiterando os pleitos anteriores. Na parte dispositiva da decisão constou:

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o processo, com resolução do mérito, com fundamento no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil Condene a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, sem prejuízo da assistência judiciária gratuita. (fl. 544)

Insatisfeita, a Requerente interpôs Apelação (fls. 548-555), defendendo, em suma, que: a) embora tenha sido deferida a inversão do ônus da prova, o Juiz da origem julgou improcedentes os pedidos por insuficiência de provas; b) após dois meses da cirurgia cesariana, não apresentou diminuição no tamanho da barriga, houve o agravamento das dores abdominais e persistiu o sangramento vaginal; c) submeteu-se a exame de ultrassonografia pélvica, que "**demonstrou resíduos compatíveis com restos placentários**" (fl. 552); d) foi realizado exame anátomo-patológico, o qual é devido em caso de retirada de elementos da cavidade uterina; e e) o material retirado do seu útero não eram coágulos sanguíneos, como restou demonstrado pelos exames citopatológico e anátomo- patológico, que concluíram que "*os fragmentos de tecido tem arquitetura vilositária e **indicam natureza embrionária***" (fl. 553).

Da responsabilidade de cada um: do médico, e do nosocômio.

De saída, cumpre assentar as bases a partir das quais será apurada a responsabilidade, se existente, dos Réus.

Ao analisar o recurso, interposto por inconformismo da autora, a magistrada, acertadamente deixou claro sua concordância com a doutrina quando definiu a obrigação dos médicos como sendo de meio, isto é, definindo que certas obrigações cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas simplesmente numa atividade diligente deste em benefício do credor. O paciente que procura um médico deseja obviamente o restabelecimento de sua saúde. Mas este resultado, embora seja a causa essencial do contrato, não pode constituir o objeto do pactuado. O que o paciente está no direito de exigir é que o médico lhe dispense um tratamento consciencioso, diligente e conforme aos progressos da ciência médica. Não pode, porém, exigir que o médico obtenha infalivelmente a sua cura; nem pode este inculcá-la ou anunciá-la como infalível, sob pena até de navegar nas águas do curandeirismo (Código Penal (LGL\1940\2), art. 283). Por outras palavras, o conteúdo da obrigação, na hipótese, não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é, os meios tendentes a produzir o resultado almejado.

É certo que a responsabilidade dos profissionais da medicina não é de fim, ou seja, não se responsabilizam pela cura do paciente submetido ao tratamento prescrito.

Ao revés, esses profissionais possuem responsabilidade de meio, sendo-lhes exigido apenas que atuem com a diligência adequada a lograr o melhor resultado possível, a qual deve ser apurada de forma subjetiva, a partir da verificação de imprudência, imperícia ou negligência no ato médico para que reste configurado seu dever de indenizar.

Igualmente, os hospitais para os quais funcionem os médicos como prepostos, terão a sua responsabilidade civil apurada subjetivamente em razão da atuação técnico-profissional dos empregados, consoante assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPROVAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AVERIGUAÇÃO. REEXAME DE PROVAS.

**SÚMULA N. 7 DO STJ, ERRO MÉDICO RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. REQUISITOS VERIFICADOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. NÃO CABIMENTO DE ALTERAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. [...]**

A responsabilidade da instituição médica no que tange à atuação técnico-profissional( erro médico) de seu preposto é subjetiva, dependendo, portanto, da aferição da culpa pelos danos causados.

A revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso.

A transcrição da ementa ou do inteiro teor dos julgados tidos como divergentes é insuficiente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial.

Agravo regimental desprovido.

(Agravo Regimental no AREsp 805.129. 3ª Turma. Rel. Min. João Otávio De Noronha. J. 15-03-2016, destacou-se)

Assim, apenas se estará diante da responsabilidade objetiva do nosocômio, quanto aos danos decorrentes de falhas nos serviços exclusivos do hospital e não do médico.

Nesse sentido:

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. Erro médico, CREDENCIAMENTO DE PROFISSIONAIS PELO HOSPITAL PARA UTILIZAÇÃO DE SUAS INSTALAÇÕES.**

**AUSÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE O médico E O HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.**

Consoante a jurisprudência desta Corte, a "responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital.

Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição -, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar" (REsp 908.359/SC, Segunda Seção, Relator para o acórdão o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 17/12/2008). Decisão agravada mantida.

Com relação aos serviços médicos e seu liame com o CDC, é importante que se destaque: As relações médico-paciente são de consumo, tanto porque o médico efetivamente presta um serviço, a exemplo do advogado, do dentista, ou da companhia de telecomunicações, como porque, do outro lado, está o paciente, que é o destinatário final da prestação de serviços médicos, que, em última análise, se prestam à manutenção e melhoria de sua saúde, motivo pelo qual pode ser classificado como consumidor.

Entretanto, no trato médico-paciente, inexistente a prática usual da formalização dessas relações, de forma a amoldá-las ao Código de Defesa do Consumidor.

Existe necessidade de se adotar a salutar prática da elaboração de contratos, para que, finalmente, a adequação à realidade jurídica atual alcance as relações médico-paciente, completando-se o ciclo virtuoso, em compasso com a contemporaneidade, porque, a despeito das ressalvas aos profissionais liberais, a lei consumerista deve servir como inspiração para a adequação a uma situação que, em última análise, pode ser traduzida como prestação de serviços. Neste caso a juíza preferiu tecer consideração em relação ao caso com o CDC, artigo

14 e parágrafo 4, como se nota neste excerto do acórdão.

Agravo interno desprovido (Agravo Interno no REsp 1.739.397. 3ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. J. 14-08-2018, destacou-se)

Nada obstante a atribuição de responsabilidade subjetiva ao médico, é sabido que ele ainda assim se enquadra no conceito de fornecedor do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, imperativa a aplicação da regência consumerista à relação entabulada entre ele e os seus pacientes.

Destarte, “A responsabilidade subjetiva do (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis” (REsp n.1.540.580. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 02-08-2018).

Com efeito, considerando-se que a Autora é hipossuficiente em relação aos Réus, que são, respectivamente, pessoa dotada de elevado saber médico e pessoa jurídica de considerável patrimônio, impõe-se a inversão do ônus da prova.

Ultrapassadas essas questões iniciais, adianta-se que o Recurso da Requerente não merece prosperar.

Com efeito, restou incontroversa a realização de cirurgia cesárea pelo médico D. K. nas dependências do Centro Hospitalar Unimed em 11-02- 2003.

Narrou a Autora que após dois meses sem apresentar diminuição no tamanho da barriga, com o agravamento das dores abdominais e a persistência do sangramento vaginal, realizou exame de ultrassonografia, cujo parecer do médico C. T. K. observou Imagem ovalada e hipercongênica em cavidade uterina. Compatível com restos placentários.

Imagem ovalada e heterogênea anterior a cicatriz de cesárea prévia. Compatível com hematoma em reabsorção. (fl. 35)

Dos resultados da perícia

Na sequência, foi realizada curetagem uterina que concluiu:

Ao solicitar a perícia médica a desembargadora, que não é médica, se municia de dados, pois a perícia é uma descrição, que pormenoriza as etapas dos exames realizados com apresentação dos elementos colhidos no decorrer do exame, *visum et repertum*, a parte mais importante do relatório. De outra banda há necessidade de discussão, onde há interpretação dos fatos, diagnósticos e prognósticos onde os peritos comentam os dados obtidos, discutem várias hipóteses e exteriorizam suas impressões, no caso em concreto não ficou constatada a imperícia do profissional. Elemento relevante para caracterizar o erro médico.

#### MACROSCOPIA

Recebido em frasco único produto de curetagem uterina representado por vários fragmentos irregulares de tecido hemorrágico de consistência friável, possuindo dimensões variadas e pesando em conjunto 4,0 gramas, tendo em seu perimeio grande quantidade de coágulos sanguíneos. Todo o material é enviado a exame histológico.

#### MICROSCOPIA

Cortes histológicos revelam coágulos sanguíneos permeados por restos tissulares com necrose de coagulação. Os fragmentos de tecido tem arquitetura vilositária e indicam natureza embrionária. Sobre eles observam-se depósitos estratificados de fibrina, neutrófilos e macrófagos. Não foi identificada reação trofoblástica neoplásica. (fl. 323).

Em razão do resultado do exame, foi submetida a nova cirurgia para retirada dos achados, após o que houve a melhora do quadro clínico da Requerente, porém que lhe deixou com marcas indeléveis na pele.

Considera que o médico requerido não realizou a completa limpeza uterina após o

parto e deixou restos da placenta no órgão, os quais teriam sido tratados como corpo estranho e rejeitados pelo seu organismo, causando-lhe fortes febres e dores, em razão do que pleiteia danos morais e estéticos.

Ocorre que a perícia judicial, ao analisar os documentos médicos contidos nos autos e avaliar a Demandante, informou que:

18 - É possível retirar restos placentários, se existirem, pela laparotomia referida, sem histerotomia, só com a visualização externa do corpo uterino?

R: Seria possível através de histerotomia (incisão cirúrgica sobre o útero), por ocasião da laparotomia (abertura cirúrgica do abdômen). Não está descartada a possibilidade de ter ocorrido perfuração uterina acidental (causada por cureta ou pinça de Winter), dito na *práxis* médica "falso trajeto", condição que evoluiu com a necessidade da abertura cirúrgica do abdômen e sutura cirúrgica (histerorrafia). (fls. 453-454, destacou-se)

O procedimento menos invasivo e que não lhe legaria cicatrizes. Ademais, embora tenha havido a inversão do ônus da prova, os

Réus foram capazes de comprovar que adotaram todos os procedimentos necessários e recomendados pela literatura médica para o sucesso da cirurgia.

Outrossim, o perito judicial foi categórico ao afirmar que não encontrou nenhuma prova de que foram deixados restos placentários na cavidade uterina da Requerente (resposta ao quesito 27 das perguntas da Autora, fl. 455).

Destarte, tendo o médico réu atuado de forma adequada e concluído a perícia pela inexistência de resto placentário no organismo da Insurgente, imperiosa a manutenção da sentença de improcedência dos pedidos exordiaais.( sublinhei e grifei ).

Uma vez que a sentença recorrida foi publicada na vigência Código Buzaid, deixa-se de arbitrar honorários de sucumbência recursal.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se do Recurso e nega-se-lhe provimento.

Observa-se nas decisões do TJSC-2018, que a responsabilidade do médico é considerada subjetiva, somente há imputação do profissional quando se constata a culpa, com os elementos de imperícia, imprudência, e negligência, deixando transparecer de forma inequívoca que há necessidade de erros grosseiros por parte dos médicos, para que venham a ser responsabilizados. Mesmo se houver consideração com base no Código de defesa do consumidor a responsabilidade do médico é subjetiva, e, portanto, de meio.

O que não acontece quando se trata de pessoas jurídicas, hospitais e casas de saúde, são responsabilizadas com base na teoria da responsabilidade objetiva, isto é, independente de culpa, seguindo o princípio da reparação integral.

O autor ao produzir este trabalho concorda com as teses dos tribunais e jurisprudência, e considera que a presente evolução dos institutos visa o melhor para sociedade, tanto do lado do médico que fica com autonomia e liberdade para exercer seu ofício, e cada vez mais implementá-lo com as benesses da tecnologia e estado atual da ciência, como para o paciente que se sentirá protegido pelo melhor tratamento e em caso de eventuais indenizações só o fará dentro das especificidades que cercam o caso concreto analisado por julgadores imparciais e equânimes que possuirão o condão de promover sempre a tutela da sociedade, neste caso incluindo os médicos que também fazem parte dela.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo o estudo a respeito do emblemático erro médico, quando analisado sob a perspectiva da responsabilidade civil. Além do mais, se buscou trabalhar a questão ora suscitada, por meio de uma ótica diferente da usual: aqui, não só o paciente, mas também o profissional médico. Foi percebido como sujeito vulnerável e, portanto, merecedor de tratamento especial sempre que, à frente das possíveis falhas advindas do seu exercício profissional, forem verificados fatores imprevisíveis capazes de comprometer a prestação do serviço ofertado.

No estudo da responsabilidade civil médica, há que se falar em dois pontos que são fundamentais. Em primeiro, é importante considerar que nem todo resultado ruim entenda-se como erro médico. Na maioria esmagadora das vezes o médico age com perícia, prudência e atenção, mas as próprias condições fisiológicas não colaboram e a resposta do quadro clínico é o insucesso. Quanto ao segundo dado relevante é a dificuldade que as vítimas possuem para levar as provas para que corroborem efetivamente para as ações indenizatórias dessa, momento em que é de elementar importância que julgador seja prudente no momento de sentenciar. Atualmente, não há motivos para o distanciamento entre médico/paciente. A relação deve ser baseada na confiabilidade e no respeito recíproco entre o médico e o paciente que deve estar disposto a seguir estritamente as orientações médicas. O profissional tem o compromisso e deve agir com honestidade, passando o máximo de informações sobre o tratamento aderido. Essa conduta, evitará posteriores alegações de insatisfação e desconhecimento dos procedimentos adotados.

Se fez necessário discorrer sobre o Código de Defesa do Consumidor para fins de analisar as características gerais de uma relação de caráter consumerista para, e a partir daí poder concluir esta relação com aquela estabelecida entre os profissionais da saúde e seus pacientes relação que, hoje, é baseada nos termos do CDC. Conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor, o paciente é consumidor ao qual é prestado um serviço, o médico é o fornecedor e o prestador de serviços onde o ato médico é atividade remunerada. Logo, conclui-se que é perfeitamente aplicável as regras do CDC à relação médico/paciente, tendo sempre em vista que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, tendo sempre que comprovar a efetiva culpa. O médico é um profissional liberal e sua responsabilização civil, consoante o que relata o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, é feita mediante a constatação de culpa. No exercício do seu ofício, o médico não está obrigado a alcançar resultados, porque entre o médico e o paciente existe uma obrigação de meio, porém está comprometido em dispor de todos os

recursos disponíveis para resultar na cura.

Algumas especialidades, tais como a anestesiologia e a cirurgia plástica estética trazem implicitamente a obrigação de um resultado, mas não de maneira absoluta. Esse entendimento, está sendo analisado pelos Tribunais e pela doutrina, tendo em vista a peculiaridade da atividade médica e os importantes fatores envolvidos quando se trata do corpo humano. Porém quando tratar-se de assistência médica prestada por hospitais a apuração da culpa é dispensada. Conforme dispõe o CDC, as casas de saúde e os hospitais são fornecedores de serviços e respondem objetivamente pela reparação dos danos causados aos seus consumidores nos defeitos relativos a prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou não passada sobre os riscos (art.14CDC).

De acordo com a Jurisprudência majoritária, tais entidades são civilmente responsáveis pelos danos ocorridos em suas dependências, mesmo que o médico não faça parte do seu quadro de funcionários. Os planos de saúde também poderão ser responsabilizados. Em decisão o Superior Tribunal de Justiça, pela sua 3ª Turma, firmou-se no sentido de que a responsabilidade pelo atendimento prestado não é só dos profissionais e instituições credenciados, mas também da prestadora do plano de saúde, pois empresas são prestadoras de serviços, então, respondem objetivamente nos danos sofridos pelos consumidores. Pode se concluir que a grande inovação do Código de Defesa do Consumidor está no art. 6º, inciso VIII, ao estatuir que é direito básico do consumidor

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 experiência.

Na hipótese de um paciente alegar falha médica, o ônus da prova pode ser do médico, caso o julgador considere difícil a demonstração da prova pelo autor, essa possibilidade, diante da verossimilhança dos fatos ou da hipossuficiência do paciente, assim facilita a defesa dos seus direitos, cabendo ao médico provar que as alegações imputadas não são verdadeiras. Com isso, se equilibra as partes na demanda judicial evitando que muitas vítimas permaneçam em total prejuízo. Ainda, no que se refere a responsabilidade do médico, fala-se de obrigação de meio, porém, acredita-se que responsabilidade médica deveria ser objetiva, principalmente porque os médicos podem se valer de diversas causas de excludentes da responsabilidade, dentre elas a de erro escusável.

Como se vê o erro médico tem várias facetas, desde não lavar as mãos, as complexas decisões em cirurgias e diagnósticos, assim o que se pretende não é eliminar completamente o erro médico, mas diminuí-lo, a ponto de evitar mortes e sequelas aos assistidos.

Desta forma devemos ter conscientização de que o erro médico não é tao simples de ser analisado, exige visão multifacetária global. E, sejamos honestos na sociedade em que vivemos, os aspectos sociais, as filas para atendimento e a carência de atendimento digno que deveria ser provido pelo governo, matam milhares de cidadãos tolhendo-lhes a chance de ter um futuro e alijando permanentemente os sonhos de quem só deseja viver.

Atualmente, com as exigências do mundo moderno, suas evoluções, mas também suas obrigações socioeconômicas, levam todos os profissionais a um nível elevado de stress, também o médico sofre com as agruras das metas e alvos a cumprir.

Salienta-se, que o médico antes de ser médico é humano, passível de erros e é por isso exatamente que existem as chamadas excludentes da responsabilidade, sendo muito mais fácil para um médico comprovar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, do que para paciente comprovar a culpa do médico. Assim, por ser a medicina uma das atividades mais sublimes praticada pelo homem, tendo em vista a valoração da vida, deverá ser exercida com responsabilidade, confidencialidade, dedicação e respeito humano.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARBOSA, Heloísa Helena. Responsabilidade civil médica no Brasil. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, ano 5, v.19, p.49-64, jul./set. 2004.
- BERNARDI, Sílvia de Liz Waltrick. **A Prática Médica e o Código de Defesa do Consumidor**. 1º. ed., Curitiba: Editora Gênese. 2000.
- BORGES, Gustavo Silveira. Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinariedade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 13-44, out./dez. 2012.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris: 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. **Cultura Brasil**. Disponível em: [http://www.cirurgiadamao.org.br/arquivo/cdpe/codigo\\_ética\\_novo.pdf](http://www.cirurgiadamao.org.br/arquivo/cdpe/codigo_ética_novo.pdf). Acesso em: 13 jun. 2019.
- COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DIAS, Ruy Rosado de Aguiar. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 718, p. 33-53, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. V. 3, 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: Dano e defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. 04, 13. ed., Saraiva: São Paulo, 2018.
- INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **A cada 5 minutos, 3 brasileiros morrem nos hospitais por falhas que poderiam ser evitadas**. 2017. Disponível: <https://www.iess.org.br/?p=imprensa&categoria=noticia&id=168>. Acesso em: 27 jun. 2019.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 58. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez. **O dano estético**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: LTDA. 2006.

MELO, Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 3. ed., Atlas: São Paulo, 2014.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil. *In: Revista da ESMESC*, n. 15, v. 9, p. 125-150, jun. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico: Erro de Diagnóstico**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. 2. ed. Campinas, SP: LZN, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.