



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FRANCISCO ALVES DA COSTA FILHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: PRINCIPAIS DECISÕES
NOS TRIBUNAIS NACIONAIS**

Juazeiro do Norte – CE

2019

FRANCISCO ALVES DA COSTA FILHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: PRINCIPAIS DECISÕES
NOS TRIBUNAIS NACIONAIS**

Monografia apresentada à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito do
Centro Universitário Dr. Leão Sampaio,
como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.
Orientadora Prof. Karine Norões Mota

Juazeiro do Norte – CE
2019

FRANCISCO ALVES DA COSTA FILHO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: PRINCIPAIS DECISÕES
NOS TRIBUNAIS NACIONAIS.**

Monografia apresentada à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito do
Centro Universitário Dr. Leão Sampaio,
como requisito para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.
Orientadora Prof. Karine Norões Mota

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof.(a) Karinne Norões Mota
Orientadora

Prof.(a) Jânio Taveira Domingos
Examinador

Prof.(a) Alyne Andrelyna Lima Rocha Calou
Examinadora

“O erro está nos meios, bem mais do que nos princípios.”

Napoleão Bonaparte

Dedico esse trabalho a meus pais, às irmãs que a vida me deu e aos amigos queridos que encontrei durante a minha jornada.

AGRADECIMENTOS

A entrega do Trabalho de Conclusão de Curso, abre espaço para momentos de reflexão e esses momentos nos permitem lembrar todas as pessoas que foram de alguma forma indispensáveis para alcançar o sucesso dessa jornada, a estas, meu muito obrigado.

Gratidão a meus pais Francisco Alves da Costa e Antonia Maria de Jesus pelo apoio e conselhos sempre dados com muito amor e cuidado.

À minhas amigas Maria do Socorro Alves de Matos “tia socorro”, Lígia Vieira de Sá e Werônica Oliveira Penha, que conquistaram um espaço especial no meu coração, e que nosso elo ultrapassou a amizade e se tornou fraternidade, pois as considero minhas irmãs.

E especialmente à minha noiva e futura esposa, Daniela Israel de Castro, essa jornada se tornou incrível por ter você ao meu lado.

Gratidão à minha orientadora Karinne, pela paciência e esmero durante as orientações, foi de grande importância sua contribuição nesse estudo.

Agradeço também aos professores e funcionários do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, por contribuir tão ricamente para a minha formação, proporcionando crescimento pessoal e profissional de maneira indescritível.

RESUMO

O objetivo geral da presente pesquisa foi avaliar a aplicação do instituto da responsabilização civil frente as práticas que caracterizam o erro médico com entendimento pacificado nos tribunais nacionais. A metodologia utilizada tem-se a pesquisa qualitativa como sendo aquela que busca um determinado aprofundamento em relação a determinado tema, com a finalidade de explicar o porquê das coisas, de forma imparcial. Quanto à natureza, foi uma pesquisa lógica e sequencial pois se destina a aumentar a base de conhecimento aquele que se valer da presente obra, sendo útil e de caráter universal que visou preencher uma lacuna do assunto que nosso sistema jurídico tem deixado. Se tratou também de uma pesquisa exploratória para maior familiaridade com o assunto, feita de forma a obedecer a um procedimento de estudo bibliográfico e documental, utilizando levantamento de leis, jurisprudências e doutrinas nas diversas áreas que aborda esse tema. Os resultados do presente estudo partiram da análise de julgados selecionados relacionados com a responsabilidade civil aplicada aos casos médicos, que se mostraram em consonância com o Código Civil e com a Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo possível perceber que quando se trata de erro médico no Brasil, tem-se aplicado a legislação e os princípios gerais do direito.

Palavras-chave: Erro médico; Responsabilidade Civil; Tribunais;

SUMMARY

The general objective of this research is to evaluate the application of the civil accountability institute to the practices that characterize the medical error with pacified understanding in the national courts, the methodology used, we have the qualitative research as the one that seeks a certain deepening in relation to a specific theme, with the purpose of explaining the reason of things, in an impartial way. As for nature, it is a logical and sequential research because it is intended to increase the knowledge base that uses the present work, being useful and universal in nature that will aim to fill a gap of the subject that our legal system has left. It is also an exploratory research for greater familiarity with the subject, done in order to obey a procedure of bibliographic and documentary study, using survey of laws, jurisprudence and doctrines in the various areas that deals with this topic. The results of the present study were based on the analysis of selected trials related to civil liability applied to medical cases, which were shown in consonance with the Civil Code and the Brazilian Federal Constitution of 1988, and it is possible to realize that when it comes to medical error in the Law and general principles of law have been applied..

Keywords: Medical law; Civil responsibility; Courts;

SUMÁRIO

	páginas
1	INTRODUÇÃO..... 10
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL..... 12
2.1	RESPONSABILIDADE CIVIL EM LINHAS GERAIS..... 12
2.2	DIGRESSÃO HISTÓRICA..... 13
2.3	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL..... 15
2.3.1	Conduta humana..... 15
2.3.2	Nexo de causalidade..... 16
2.3.3	Dano..... 17
2.3.4	Culpa: O pressuposto incidental..... 17
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO..... 19
3.1	A RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AO DIREITO MÉDICO..... 19
3.2	NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS..... 22
3.3	DANO CAUSADO POR ERRO MÉDICO..... 23
3.3.1	Dano Moral..... 23
3.3.2	Dano Estético..... 24
3.3.3	Dano material..... 25
3.4	RESPONSABILIDADE MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... 26
3.5	RESPONSABILIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO..... 26
3.6	EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO..... 28
4	ABORDAGEM DO ERRO MÉDICO NOS TRIBUNAIS NACIONAIS..... 30
4.1	RESPONSABILIDADE CIVIL E A REPARAÇÃO DE DANOS..... 30
4.2	RESPONSABILIZAÇÃO DO HOSPITAL..... 33
4.3	RESPONSABILIDADE DO ESTADO E ATEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO..... 34
4.4	A CIRÚRGIA PLÁSTICA E A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO..... 37
4.5	A INCIDÊNCIA DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS..... 38
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 40
	REFERÊNCIAS..... 42

1 INTRODUÇÃO

O instituto da Responsabilidade Civil disciplinado no código civil de 2002, conduz o entendimento de que não é permitido a ninguém ocasionar prejuízos a terceiros, seja por negligência, imprudência ou imperícia, e caso ocorra, necessário se faz a devida contraprestação.

Nos dias atuais, existem muitos pronunciamentos a respeito do direito e responsabilização médica. Apesar de que, historicamente, não é muito distante o momento em que foi possível responsabiliza-los judicialmente pelos atos praticados no exercício da sua profissão. A medicina, ou melhor, o exercício da medicina era até pouco tempo, vista como divina, e por isso, intocável.

A responsabilidade civil por erro médico possui distinta expressão na sociedade, e o estudo em questão tem evidente relevância social por proporcionar um estudo a respeito da segurança jurídica nas relações médico-paciente/ hospital-paciente ou ambas. O resultado da pesquisa oferecerá a sociedade o conhecimento sobre o tema, com o intuito de demonstrar os direitos da assistência médica, de forma que garanta eficácia e eficiência no processo de consultas médicas, diagnósticos cirurgias e procedimentos médicos aos pacientes, assim garantindo qualidade de vida aos mesmos. A relevância jurídica se dá através da busca pela justiça, frente à afronta aos direitos humanos refletidos no descaso médico muitas vezes identificado no relato dos pacientes. A relevância científica, se dá através das inúmeras possibilidades de casos identificados nos tribunais nacionais, bem como os entendimentos que já estão pacificados, que apresentam material suficiente de campo para satisfazer a metodologia aplicada, tendo em vista a recorrência expressiva de processos buscando danos morais e a responsabilização civil por erro médico.

Diante deste cenário, e fazendo um recorte para fins metodológicos, nos deparamos com situações onde o erro médico encena como motivo principal dos problemas enfrentados por pacientes que estavam apenas em busca de melhor qualidade de vida. O que nos leva diretamente a problemática dessa pesquisa: Tendo em vista, os danos causados por erro médico, e as punições cabíveis, dispondo como base de dados processos já existentes com decisões pacificadas através de jurisprudência e enunciados do Tribunais Nacionais, através da análise desses resultados, é possível constatar a aplicação do melhor direito?

Vale salientar que, nem todo mal resultado é sinônimo de erro médico, pois os médicos, assim como qualquer outro profissional, são passíveis de erros, bem como nem sempre os hospitais, casas de saúde e similares dispõem de boas condições de prestação de serviço pela parte médica, onde estão obrigados a atuar no atendimento ao paciente. Assim, o Poder Judiciário não pode se omitir frente a má prática médica e possibilitar a vítima a devida e justa reparação.

A presente pesquisa tem como objetivo geral avaliar a aplicação do instituto da responsabilização civil frente as práticas que caracterizam o erro médico com entendimento pacificado nos tribunais nacionais.

Os objetivos específicos da pesquisa são: dar ampla visão ao instituto da responsabilidade civil, identificar a caracterização jurídica do erro médico, em seguida analisar as formas de reparação estabelecidas na legislação vigente em face ao erro médico e sua responsabilização, apontar a natureza jurídica do erro médico e verificar sua abordagem nos tribunais nacionais.

Quando à metodologia utilizada, tem-se a pesquisa qualitativa como sendo aquela que busca um determinado aprofundamento em relação a determinado tema, com a finalidade de explicar o porquê das coisas, de forma imparcial. Quanto à natureza, é uma pesquisa lógica e sequencial pois se destina a aumentar a base de conhecimento aquele que se valer da presente obra, sendo útil e de caráter universal que visará preencher uma lacuna do assunto que nosso sistema jurídico tem deixado. Se trata também de uma pesquisa exploratória para maior familiaridade com o assunto, feita de forma a obedecer a um procedimento de estudo bibliográfico e documental, utilizando levantamento de leis, jurisprudências e doutrinas nas diversas áreas que o tema aborda.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL EM LINHAS GERAIS

Preliminarmente ao estudo da responsabilização do erro médico, por rigor metodológico, faz-se necessário a apresentação do que vem a ser a responsabilidade civil. O seguinte verbete, retirado do dicionário da língua portuguesa, demonstra o que vem a ser responsabilidade.

RESPONSABILIDADE. S. f. (Lat., de respondere, na acep. de assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que esta impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado (BECHARA, 2008).

O direito de reparação ao dano é um assunto cotidiano, que costumeiramente vem à tona quando nas relações sociais algum prejuízo é relatado.

Dispõe o Código de Direito Civil Brasileiro, no seu artigo 186, que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Deste artigo pode se extrair, portanto, o que vem a ser a responsabilidade civil.

Gagliano e Pamplona conceituam a responsabilidade civil como “a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).” (2017, p.858)

A responsabilidade civil teve seu surgimento no Direito Romano, calcada na vingança privada, quando determinado sujeito causava danos, justificada na reação negativa pelo mal sofrido (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017)

Rizzato Nunes (2012) ilustra a relação do consumidor e o seu direito à responsabilização civil,

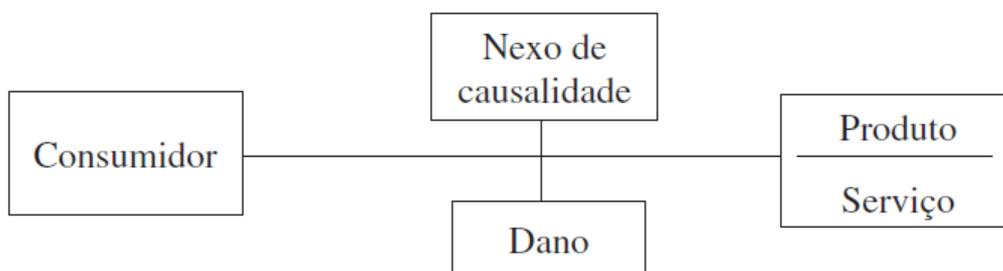


Figura: fato do produto e do serviço.

Da figura se extrai o entendimento que, para que haja a responsabilização do prestador dos serviços ou distribuidor de produtos, exista a efetiva comprovação do dano para o consumidor, e também entre o consumidor e o produto se faz necessário a efetiva comprovação do nexó de causalidade. Como aduz o autor, “o ponto de partida do direito ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor e do dever de indenizar do agente responsável pelo produto ou pelo serviço é o *fato* do produto ou do serviço causador do acidente de consumo.” (NUNES, 2012, p.225)

2.2 DIGRESSÃO HISTÓRICA

Os conflitos, relações sociais, crimes, danos, sempre fizeram parte do cotidiano das sociedades, bem como o direito a responsabilização civil que não é algo contemporâneo.

Verifica-se os primeiros indícios da responsabilidade civil no século XVIII a.c., através do Código de Hamurabi, que na antiga Mesopotâmia propagava a vingança privada através do conhecido ditado “olho por olho, e dente por dente”, que apesar de expressar de forma rude, já previa que os danos causados deveriam ser retribuídos. (TARTUCE, 2018)

O Código de Hamurabi não foi o único que previa punições a agressores de bens alheios, anos avante, o Código de Manu, criado pela cultura Hindu (200 anos a.c.) previa uma multa, ou indenização a favor daquele que sofresse algum prejuízo. Nesse momento da história, a vingança privada ficaria em segundo plano. (TARTUCE, 2018, p.19)

Um pouco adiante, com o passar do tempo, é possível verificar a presença da ideia de responsabilidade civil no Direito Romano, 450 anos a.c., a Lei das Tábuas – no capítulo Lei do Talião previa penas pecuniárias para aqueles que praticassem danos ao seu chegado. Esse tipo de indenização se aplicava apenas como substituto da vingança privada, pois diferente da *poena* (nome dado ao substituto da vingança privada), a pena pública era aplicada com punições mais severas. (TARTUCE, p. 20).

Sobre esse período, apontam Gagliano e Pamplona,

o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização de institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais. (...)

Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de poena, uma importância em dinheiro ou outros bens. (2017, p.61)

Ainda no Direito Romano, a *Lex aquilia de Damno*, no século III a.c. foi o que chegou mais próximo da realidade da responsabilização civil que vivemos atualmente. Essa Lei previa que fosse pago aos plebeus uma quantia proporcional aos danos causados aos seus bens. O nome dado a essa norma era a de *damnum iniuria datum*, que significava: iniuria o dano contrário ao direito, damnum a lesão patrimonial causada e ação ou omissão resultante em dolo ou culpa. (GAGLIANO; PAMPLONA, p.20) Adiante, os autores explicam,

damnum iniuria datum, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário de coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p.62)

Um fato que merece destaque na digressão histórica da Responsabilidade civil é a *Lex Aquilia* responsável pela nomenclatura que até hoje se utiliza da Responsabilidade Civil delitual ou extracontratual. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017) A responsabilidade aquiliana originou a responsabilidade contratual que se apresenta de forma subjetiva.

Partindo para um período mais próximo da modernidade o século XX, temos a codificação francesa, sugerida e fundada por Napoleão, que de forma bem objetiva exigia a culpa como um elemento fundamental da responsabilidade civil (TARTUCE, 2018), no artigo 1382 “*tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”, que traduzido para o Português-brasileiro quer dizer que: “Qualquer fato, qualquer que seja o homem que cause a outro um dano, forçá-lo por cuja culpa ele chegou deverá repará-lo.” (livre tradução do autor). Cabe aqui ressaltar que o Código de Napoleão foi um grande espelho utilizado na construção do Código Civil Brasileiro de 1916.

O Código Civil brasileiro por sua vez, não foi autosuficiente para abarcar todas os pressupostos necessários capazes de acolher todas as necessidades jurídicas da sociedade. Dessa forma, o próprio sistema jurídico criou a possibilidade de recorrer a

jurisprudências e aos entendimentos dos tribunais nacionais sendo bem recepcionado. E, mesmo hoje com o Código de Defesa do Consumidor, com um título do mais recente Código Civil especialmente dedicado à responsabilização civil, ainda é útil como meio eficiente de solucionar as mais variadas lides envolvendo a contraprestação por um dano causado.

2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da responsabilidade civil também podem ser encontrados na doutrina como elementos, esses elementos podem ser extraídos do artigo 186 do Código Civil que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Desse artigo, pode-se extrair todos os pressupostos da responsabilidade civil, são eles a conduta humana, nexos de causalidade, o dano e a culpa, passaremos a falar pormenorizadamente de cada um nos próximos tópicos.

2.3.1 Conduta Humana

A conduta humana para a responsabilidade civil, pode ser visualizada de forma positiva ou negativa, interpretadas também como ação ou omissão, contudo, essa conduta humana deve partir da vontade de um agente. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017)

Para definição da conduta humana, exige-se que esteja notável a voluntariedade do agente. Essa voluntariedade requer que parta de um sujeito imputável, ou seja, que possua plena consciência dos seus atos, e para tanto não é necessário que o agente tenha a vontade de causar danos, mas tão somente tenha plena capacidade de perceber e entender o que acontece ao seu redor. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017)

Dessa forma, é importante ressaltar que a vontade humana não estará caracterizada quando, algo acontece por motivos alheios a vontade do agente, causando danos.

Conforme ressaltam Gagliano e Pamplona (2017), a conduta humana também pode ocorrer através de ato de terceiro, conforme dispõe o artigo 932 do Código Civil, ou ainda responsabilidade por fato do animal que está sob sua posse, artigo 936 do

Código Civil. Podemos citar como exemplo também, a responsabilidade civil por fato ou coisa, que trata de relações imobiliárias. (BRASIL, 2002)

2.3.2 Nexo de Causalidade

Assim como, a conduta humana, o nexo de causalidade é um pressuposto da responsabilidade civil. Gonçalves (2017), aponta o que se deve entender como nexos causal determinante para a responsabilidade civil, são três as teorias que determinam o nexos de causalidade, e com finalidade didática, para auxiliar na melhor compreensão, apresentaremos em forma de tabela a seguir:

TEORIA	CONCEITO
Teoria das condições "sine qua non"	Nessa corrente, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano, é considerada como uma causa para o dano, sem uma delas não haveria dano.
Teoria da Causalidade Adequada	A causadora do dano a condição que por si só é apta para produzi-lo; fato que originou é capaz de lhe dar causa.
Teoria dos Danos e Direitos imediatos	Se trata de um meio termo entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata: só responde pelos danos que resultam direta e imediatamente da sua conduta.

(GONÇALVES, 2017, p. 413-415)

Das três teorias a acolhida pelo Código Civil e utilizada nos dias atuais é a teoria dos danos e direitos imediatos, por se tratar de uma teoria que mistura o conceito das duas primeiras com o diferencial que não é levada aos extremos. A primeira teoria é amplamente criticada pela doutrina, tendo em vista que ela é extrema ao ponto apontar como culpado da ação de terceiro, até mesmo pessoas e ou coisas minimamente relevantes para a ocorrência do dano. (GONÇALVES, 2017)

2.3.3 Dano

O dano é um pressuposto indispensável para a responsabilidade civil, haja vista que sem o comprovado prejuízo não há relação jurídica, não haveria o que indenizar, por consequência, não haveria responsabilidade.

Para o presente estudo, se faz relevante apresentar o conceito de dano que segundo o dicionário Aurélio,

DANO. [Do lat., damnu.] S. m. 1. Mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral: Grande dano lhe fizeram as calúnias. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus. 3. Estrago, deterioração, danificação: Com o fogo, o prédio sofreu enormes danos. Dano emergente. Jur. Prejuízo efetivo, concreto, provado. [Cf. lucro cessante.] Dano infecto. Jur. Prejuízo possível, eventual, iminente. (2019, online)

Após a conceituação do que vem a ser dano, percebe-se a importância desse pressuposto para a configuração da responsabilidade civil, sem o dano, não há nada a ser reparado, em outras palavras não será possível apontar a situação fática como passível de restituição.

Acerca desse pressuposto aponta Cavalieri Filho,

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa” (2002, p.102)

Nesse mesmo sentido, Gonçalves (2017) citando Alvin (1965), complementa,

dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. (ALVIN, 1965, p.171-172 apud GONÇALVES, 2017, p. 421.)

O dano, portanto, é elemento essencial e pode ser configurado de várias formas, como é o caso do dano moral, dano patrimonial, reparação por dano causado a integridade física, etc.

2.3.4 Culpa: O pressuposto incidental

A culpa é um elemento incidental da responsabilidade civil, o que significa dizer que atualmente não é tratada como um pressuposto, haja vista apresenta muitas inconsistências, e por isso, deve-se buscar maior rigor para compreendê-la, Gonçalves conceitua o que vem a ser o elemento culpa na responsabilização civil,

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser

pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e devia ter agido de outro modo. (2017, p.372-373)

O elemento culpa também comporta algumas situações, a negligência e a imperícia são exemplos. Contudo, ressalta-se que mesmo sem a intenção de causar dano a violação de conduta ou acidente que gerou prejuízos deverá ser indenizado. (GONÇALVES, 2017)

Alguns doutrinadores entendem a Culpa com um elemento dispensável para a configuração da responsabilidade civil, haja vista que deve se considerar o conceito de responsabilidade Objetiva (que será estudado mais adiante), e dessa forma entender-se-á que a culpa não é um pressuposto geral.

A culpa pode ser dividida em duas, a culpa *stricto senso* e a culpa em sentido amplo. A primeira se dá quando uma falta de dever de cuidado do agente resultou na ocorrência do fato danoso, que também é conhecida pela doutrina a partir do conceito de responsabilidade objetiva. Já a segunda é entendida como dolo, ou em outras palavras violação consciente de um dever jurídico. (GONÇALVES, 2017)

Gagliano e Pamplona (2017) classificam a culpa em modalidades, são elas: Culpa *in vigilando*, culpa *in elegendo*, culpa *in custodiendo*, culpa *in comittendo* ou *in faciendo*, culpa *in omittendo*, culpa *in negligendo* ou culpa *in non faciendo*.

A primeira, culpa *in viligando*, tem sua decorrência na falta do dever de vigilância, tendo por base a conduta daquele a quem a responsabilidade estava atribuído; a segunda, culpa *in elegendo*, está disposta no artigo 932, III do Código Civil, e acontece quando algum fato se dá pela escolha incorreta do agente causador do dano; a terceira, culpa *in custodiendo*, tem sua conceituação aproximada da culpa *in vigilando*, pois se trata de dano causado pela falta de êxito na custódia de um bem. Culpa *in faciendo*, por sua vez, classifica-se pela violação de um dever jurídico; a culpa *in negligendo* é retratada na omissão (abstenção) de dever de cuidado. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017)

Da classificação dos autores podemos extrair que a culpa é derivada e classificada de acordo com o comportamento humano, seja ele de ação ou de omissão (abstenção), e com isso causando prejuízos ao bem jurídico de terceiro.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A vida é um bem jurídico plenamente defendido, nossa constituição define que a todos, independentemente de sua condição recai o direito à vida. Esse direito se divide em três principais eixos, o direito de nascer, o direito de permanecer vivo, e o direito a uma vida digna. (GAGLIANO, PAMPLONA, 2017)

Destaca-se nesse viés o direito médico, capaz de regular as relações entre os profissionais da saúde e seus pacientes no que tange aos direitos e deveres.

França (2014) conceitua responsabilidade médica como,

obrigação que podem sofrer os médicos em virtude de certas faltas por eles cometidas no exercício de sua profissão, faltas essas que geralmente comportam uma dupla ação: civil e penal. Sob este último aspecto, o médico se vê, diante de um delito, sujeito a uma determinada pena. Quanto ao aspecto civil, acarretando o dano físico um prejuízo econômico, impõe-se um pagamento em dinheiro como forma de indenização. (p.277)

Temos a presença do profissional da saúde em todos esses eixos, ou seja, a equipe médica. Quando se fala em responsabilidade médica também estamos retratando a relação médico-paciente que se configura como uma relação comercial. Apesar da crucial e indispensável importância a medicina possui no ordenamento jurídico e também para o senso comum, em ambos os pontos de vista, é consenso a necessidade de legislação específica e de sua imediata aplicação e fiscalização, tendo em vista os erros e abusos relatados ao longo da história.

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AO DIREITO MÉDICO

O primeiro momento em que o Erro médico foi aplicado de forma concreta na legislação brasileira foi através do código de 1916, no artigo 1.545, que dispunha,

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. (BRASIL, 1916)

O Código Civil de 2002 no artigo 951 dispõe que a indenização por danos recai não somente a cirurgiões, farmacêuticos e profissionais da saúde. De maneira mais ampla, aplica-se ao dano causado em exercício de atividade profissional (de qualquer natureza).

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 inutilizá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2002)

O artigo 948, dispõe sobre a lesão com resultado morte, e sendo comprovado a responsabilidade pelo resultado impõe pensão alimentícia e pagamento de despesas funerárias à família da vítima. O artigo 949, por sua vez, dispõe sobre ofensa à saúde onde o autor do prejuízo, terá a obrigação de custear o tratamento e indenizar a vítima dos danos pelos lucros cessantes que sua ação ou omissão causou. A situação trazida pelo artigo 950 do Código Civil, é a que o dano resultou em impossibilitar a vítima do exercício de sua profissão habitual, nesse caso, pode incluir pensão até a reabilitação da vítima, ou ainda indenização referente a lesão que sofreu. (BRASIL, 2002)

França (2014) aponta que o conceito de responsabilidade para o direito médico é empregado em duas principais vertentes: a ética e a jurídica. O âmbito jurídico e a exigência ética implicam pela impossibilidade de seu afastamento dos princípios morais e de conduta.

Antes de abordar diretamente a responsabilização do médico, por condutas no exercício da sua profissão que causem prejuízo aos seus pacientes, e conseqüente reparação de danos, se faz necessário demonstrar a maneira pela qual a Legislação Brasileira se posiciona sobre a temática, assim dispõe o Código Civil Brasileiro a respeito da responsabilidade civil:

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. 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. (BRASIL, 2002)

Depreende-se dos artigos 186 e 187 do Código Civil, que a responsabilidade pode resultar tanto da ação quanto da omissão, e como abordado no capítulo anterior são passíveis de responsabilização, a conduta humana causada mediante atitude praticada, mediante negligência e imprudência.

A negligência é considerada uma conduta omissiva (GONÇALVES, 2017) resultado de uma atitude praticada mediante incapacidade de realizar. No caso do direito médico, exemplifica-se pelo fato de médico ou qualquer funcionário da saúde naquele momento, que tendo consciência da necessidade de praticar determinado procedimento cirúrgico decide por não fazer. Negligenciando o paciente.

Carlos R. Gonçalves, conceitua imprudência como “conduta positiva, consistente em uma ação da qual o agente deveria abster-se, ou em uma conduta precipitada.” (2017, p. 376)

A imprudência aplicada ao direito médico, se idealiza quando o médico ou sua equipe, realiza procedimento arriscados ou desnecessários, e sua abordagem ocorre sem priorizar a integridade física e/ou mental do paciente.

O médico também pode causar danos a seu paciente, através de imperícia, para evitar esse tipo de situação o código de ética proíbe que o médico atue em área na qual não tem especialização.

A Residência Médica constitui modalidade de ensino de pós-graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional. (BRASIL, 1981)

Sobre a reparação de danos, como complemento aos artigos 186 e 187 do Código Civil, o artigo 927, ressalta que a reparação do dano ocorrerá diante da comprovação de culpa, o dano causado é o elemento necessário para caracterização da obrigatoriedade em reparar.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem é 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. (BRASIL, 2002)

Nesse sentido, a doutrina adota a teoria da responsabilidade objetiva sobre a conduta do médico, ocorre quando comprovada a culpa através de imprudência, negligência ou imperícia. Com o objetivo de demonstrar a responsabilização do profissional liberal mediante comprovação de culpa, ressalta-se o Código de Defesa do Consumidor, quando dispõe no artigo 14 §4º “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL, 1990)

Contudo, a verificação de culpa pode ser invertida, nos termos do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, sendo necessário a verificação de hipossuficiência, nesse sentido, aponta Gonçalves (2017), que a hipossuficiência nessas ações não se apresentam exclusivamente de natureza financeira, deverá considerar-se o consumidor hipossuficiente quanto à técnica necessária a comprovação dos fatos.

Quando se fala em condutas médicas onde o resultado se concretiza em morte, o Código Civil (2002) garante a reparação pecuniária e indenização posterior a família, também há a possibilidade de assumir as dívidas da pessoa que sofreu o dano, o Código aduz que,

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

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

II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. (BRASIL, 2002)

A grande celeuma na responsabilização médica, amplamente discutida, e ainda não pacificada se dá ao que diz respeito a conduta com resultado morte. Podemos considerar a responsabilidade (responsabilização) médica um instituto novo no direito, pois, por longos anos a medicina se tratava de uma ciência inquestionável, e sob nenhuma hipótese uma morte nas “mãos médicas” seriam consideradas como algo além do desejo divino.

Também, como prerrogativa de deveres do médico, tem-se o Código de Ética Médica (Resolução CFM N°1931/2009) que dispõe algumas das vedações ao médico no exercício das suas funções, tais como: abandonar o paciente, delegar funções a pessoas não capacitadas, deixar de participar de procedimento médico por ele indicado, ou atribuir seu insucesso a terceiros, abandonar paciente sem substituto.

Dessa forma, a todo um trato com um paciente e condutas que devem ser seguidas diariamente na rotina médica, sendo muito fácil para o paciente perceber quando tem seus direitos violados.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

Adentrando na esfera da natureza jurídica da prestação de serviços médicos, muito se debate a respeito de qual seria a natureza jurídica da relação médico-paciente. E em primeiro momento constatou-se que se trata de uma relação negocial, seja ela contratual (verbal ou escrita) ou extracontratual.

A doutrina seguia entendimento que independente da maneira pela qual o contrato foi firmado, sempre será aplicado a regra do artigo 1.545 do Código Civil de

1916, que dispunha “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.” (BRASIL, 1916), convertido para todas as profissões no Novo Código de 2002, nos artigos 186 e 187, que definem a responsabilização pela prática do dano imposta aquele que o comete, e conclui que a natureza da relação paciente-médico seria contratual, valendo acrescentar a exceção de que quando não sendo uma relação prevista, resultante de prestação de socorro médico não prevista, será considerada uma relação jurídica extracontratual, sendo necessário entretanto, diferenciar a responsabilização entre subjetiva e objetiva.

A responsabilização objetiva, ela decorre do “fato do produto ou do serviço causador do acidente de consumo” (NUNES, 2018, p. 225), ou seja, não requer produção de provas ou comprovação de culpa o próprio objeto ou serviço causador do dano é responsável por designar o direito à reparação.

Já a responsabilização subjetiva, conforme já foi abordado, reflete-se mediante a comprovação de culpa através de um dos elementos imprudência, negligência e imperícia.

3.3 DANO CAUSADO POR ERRO MÉDICO

Os principais danos causados no exercício da medicina são os danos ensejados por dever de conduta (ação ou omissão), ou danos estéticos causados por um procedimento que não saiu conforme o plano de execução.

3.3.1 Dano Moral

O dano moral, pode ser configurado por inúmeras situações, mas no exercício da profissão médica se expressa principalmente pelo resultado que Diminua da capacidade laborativa do paciente de específica ou genérica, falta de informações no prontuário, necessárias para o progresso do paciente, ausência de informações sobre a estrutura do centro médico e as condições de trabalho, estas que devem ser fornecidas no momento da internação, falta de informação a outros profissionais que irão atuar em conjunto, entre outros.

3.3.2 Dano Estético

O dano estético configura-se quando, após um procedimento, o paciente tem sequelas ligadas ao externo, visualmente perceptivas na forma física. Essa modalidade de dano não é aferida durante o procedimento, tão somente após é considerado um dano de resultado. (NUNES, 2018)

Para Tartuce (2018), o dano estético também pode ser classificado como dano imaterial, pois trata-se de uma lesão voltada a pessoa humana, sem ter foco nos bens que ela possui. O autor, citando Lopes (1980), aponta a origem da importância dano estético,

a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras de fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é a ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer) o belo. É claro que quando falamos em dano estético estamos querendo significar a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém. Por outro lado, o conceito de belo é relativo. Ao apreciarse um prejuízo estético, deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era. (LOPES, 1980, p.17 apud TARTURCE, 2018)

Dessa forma, não podemos considerar que a estética se trate apenas da beleza, está inteiramente ligada a harmonização do corpo (e rosto) do indivíduo e nas modificações que serão feitas e que podem ou não causar sofrimento à pessoa.

Nunes (2017) ressalta que o que interessa para o direito (no sentido jurídico) não é o dano estético ligado a beleza, e sim “a modificação física gerada pelo dano e que de maneira permanente, altere o aspecto físico externo da pessoa lesada” (p.393)

No que se refere ao dano estético mais precisamente à cirurgia plástica, esta constitui uma obrigação de resultado, contudo, se tratando de cirurgia que tenha por objetivo reparar, será constituída obrigação de meio (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017). Então, tem-se configurado dano, caso a operação não saia como desejado. É bem subjetiva a questão do dano estético, porque tem que se considerar também o plano de operação, e o paralelo que se forma entre realidade e expectativas.

Outros exemplos de onde os danos estéticos estão configurados, através dos resultados que geram ao paciente deformidade permanente, com alterações que causa danos à imagem geralmente irreversíveis.

Contudo, a questão do dano estético mostra-se bastante obscura no ordenamento jurídico, haja vista que se faz necessária a comprovação de houve

realmente um dano concreto proveniente da conduta médica praticada de maneira incorreta.

Vale ressaltar que a ocorrência do dano estético poderá ser cumulativamente penalizada com o dano moral, para fins de indenização (NUNES, 2018). Esse entendimento está intrinsecamente introduzido na legislação, haja vista que, para a configuração do dano estético, pressupõe-se situação onde o resultado não foi o esperado e ainda produziu uma situação desconfortável e vexatória para a vítima. Nesse sentido tem-se a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que dispõe “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.” (BRASIL, 2009)

O dano estético pode ser configurado de duas principais formas (TARTUCE, 2018) através de contrato, ou ainda dano extracontratual. O primeiro se configura quando há contrato estabelecido entre paciente e seus respectivos médicos e cirurgiões na busca por um resultado determinado contratualmente e no curso do procedimento ocorre algo que culmina no dano e na insatisfação do paciente. Já o extracontratual por sua vez, é uma relação jurídica que é firmada por uma ocasião não prevista, vale exemplificar um acidente de dano que ocorre quando através de interferência médica, o paciente é tratado e tem o resultado de dano agravado pela intervenção medica e hospitalar, gerando além de insatisfação maiores prejuízos estéticos e também morais ao paciente.

Ao que se refere a cirurgia plástica, tem-se que classifica-la como uma obrigação de resultado. Segundo Gonçalves (2017) o resultado desejado constitui obrigação contratual, dessa forma, quando ocorre de o paciente aparentar deformidade, ou insucesso após o procedimento cirúrgico, cabe-lhe ressarcimento indenizatório.

3.3.3 Dano Material

O Código Civil, no artigo 186, dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Dessa forma, estabelece a reparação do dano. O dano moral garante àquele que sofreu uma lesão buscar uma reparação a seu prejuízo, e no que diz respeito ao dano material, a legislação ao retratar perdas e danos, dispõe que “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele

efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (BRASIL, 2002). O dano material abarcará não só o que foi materialmente perdido, mas também aquilo que o requerente deixou de obter lucro, pelo dano sofrido.

3.4 RESPONSABILIDADE MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A responsabilidade médica não se limita ao Código Civil, estando também presente outros direitos e garantias ao usuário do serviço médico no Código de Proteção e Defesa do Consumidor que qualifica a atividade e exercício da profissão de profissionais liberais com responsabilização de natureza subjetiva onde não há a presunção de culpa (Art. 14, § 4º, CDC). Contudo, já existem muitas decisões contrárias a esse posicionamento, conforme será visto no terceiro capítulo dessa pesquisa. (BRASIL, 1993)

A mesma regra porém não se aplica aos hospitais, consultórios ou outros estabelecimentos que exercem a medicina, que são responsabilizados de forma objetiva. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017) É importante ressaltar que, mesmo sendo responsabilidade objetiva da entidade hospitalar, nada impede que ela venha a exercer direito de regresso contra o médico que porventura tenha causado o dano.

3.5 RESPONSABILIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO

Considera-se para fins de reparação a conduta médica que configurar uma atitude típica, irregular ou inadequada, que seja desferida contra a pessoa do paciente, durante ou por consequência do exercício da medicina. (FRANÇA, 2014)

O Código Civil aborda nos artigos 949 a 951 condutas que ensejarão a reparação de danos, a saber:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se dá ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2002)

Nesse sentido, tem ascendido no mercado a situação chamada de “seguro por erro médico”. Dantas (2009) dispõe sobre o que vem a ser essa demanda que é consideravelmente nova no mercado brasileiro.

A premissa básica em que se alicerça o seguro é a minimização – ou socialização – do risco individual, através da ampliação da base simultânea de contribuintes a um fundo comum destinado ao pagamento de eventuais indenizações, relativas a eventos contratualmente pré-definidos. Através desta fórmula (...) se permitiria evitar que o patrimônio de um indivíduo se visse parcial ou completamente ameaçado por um evento condenatório imprevisível e inafastável decorrente de uma falha profissional sua, um deslize capaz de comprometer economias de toda uma vida. A aposta – amparada em estudos probabilidades, é de que nem todos, ou muito poucos contribuintes do fundo securitário, sofreriam processos que os levassem a necessitar pagar indenizações ao mesmo tempo, permitindo que o somatório das contribuições conjuntas possibilite prover os meios financeiros capazes de fazer frente às indenizações. (DANTAS, 2009, p. 409-410)

A responsabilização não se limita apenas a esfera judicial, também pode ser aberto um processo administrativo disciplinar (PAD), e caso comprovado o real ato de imprudência, negligência ou imperícia desferido ao paciente, o médico pode até deixar de ser habilitado a exercer a medicina em todo o território nacional, segundo a Lei nº 3.258 de 1957, artigo 22, “e”.

França (2018) atribui a responsabilidade médica, aos valores morais, e também aos valores jurídicos, estes por sua vez, vinculam-se aos deveres médicos que devem ser exercidos à pessoa do seu paciente, quais sejam de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso.

Através do exercício profissional pautado nesses valores, a caracterização do dano, somente é pautada quando houver evidencia inquestionável do dano, e assim como retratado na responsabilidade civil, deverá haver a presença do nexo de causalidade entre a prática do fato e o resultado de conduta.

Também deve ser considerado que o ser humano, apesar de ser praticante da medicina, passível de cometer erros, pois a condição humana está fadada a falibilidade. Desta forma, também se requer que ao apontar um caso médico falho,

deve ser tratado também como um ser humano, e somente considerado isto verificar erro de conduta praticado com deliberada imprudência, negligência ou imperícia.

Deve-se também ser considerado se existem as condições necessárias para que o médico tenha suporte para realizar o que lhe foi imputado, pautado nesse sentido, é que verificamos na legislação a presença da política de prevenção de risco por erro médico.

3.6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

As três principais excludentes de responsabilidade na prática médica, segundo Silvio Venosa (2013) são: a culpa excludente da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior. Estes por sua vez, são excludentes por se tratarem de fatos responsáveis por romper um dos elementos que caracterizam a culpabilidade, quais sejam o nexo de causalidade que existe entre a conduta e o dano, resultando na ilegitimidade do dever de indenizar.

A culpa excludente da vítima, nesse caso, pode-se citar o artigo 945 do Código Civil de 2002, que dispõe “Se a vítima tiver concorrido culposamente para com o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”(BRASIL, 2002). Nesse sentido, percebe-se que assim como o médico, a conduta do paciente também deve ser observada, haja vista que, se agindo com negligência, imprudência ou imperícia, não pode o médico ser integralmente responsabilizado por fato a qual não deu causa.

O fato de terceiro, por sua vez, está regulado nos artigos 929 e 930 do Código Civil, e assim dispõe:

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

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano. (BRASIL, 2002)

O terceiro que é considerado responsável por causar dano, como causador de forma exclusiva (GONÇALVES, 2017), exige o causado de indenizar, e se torna o

responsável por ressarcir o prejuízo, pois nesse cenário não há presença dos elementos de causalidade e justificadores da conduta lesiva.

O caso fortuito e/ou a força maior, tem alguns elementos similares na sua composição quais sejam: a imprevisibilidade e a sua inevitabilidade. Contudo, apresentam algumas diferenças. O Código Civil dispõe no seu artigo 393, parágrafo único, que “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir” (BRASIL, 2002). Para Gonçalves (2017), há uma diferença básica entre o caso fortuito e força maior, a primeira dela é que a força maior é representada pela ocorrência de eventos de origem natural, e a força maior por sua vez, é ilustrada pelo autor como um evento que independe das partes, contudo é praticado por fatos humanos.

Para França, o primeiro passo para entender as excludentes de responsabilização do médico é “desarmar as pessoas de um certo preconceito de que todo o resultado atípico e indesejado no exercício da medicina é da responsabilidade do médico, quando em algumas vezes ela também pode ser da vítima” (2018, p.385), é aqui onde vinculamos a fala do autor com a caracterização de excludentes de responsabilidade civil, trazidas por Silvio Venosa (2018).

4 A ABORDAGEM DO ERRO MÉDICO NOS TRIBUNAIS NACIONAIS

Encontramos na legislação pátria, incontáveis casos onde pretende-se verificar a incidência de erro médico. Por este motivo, durante a abordagem deste capítulo, nos comprometemos com o estudo da aplicação do melhor direito nos tribunais, a saber, a incidência da responsabilidade civil nos casos onde se aplicam de forma subjetiva e em casos onde é aplicada de maneira objetiva.

O objeto do estudo, no presente capítulo, será a verificação, através de casos concretos onde houve lide formada através de incidência de erro médico, analisando se houve deferimento de pedidos de indenização e qual a fundamentação utilizada.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E A REPARAÇÃO DE DANOS

Nos tribunais nacionais, as ações que versam sobre a responsabilidade civil, sobre danos causados perante a atividade médica, são pautadas principalmente na aplicação do Código Civil de 2002, e nas disposições do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, há observância no caso concreto ao prontuário médico e as provas trazidas pelas partes.

O caso a seguir tem sua origem do processo nº 2078421-77.2017.8.26.0000, de origem no Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1010796-30.2016.8.26.0048 a relatora do caso foi a Juíza Mary Grün.

Trata-se de indenização por danos morais e também estéticos causados por falso diagnóstico de câncer que imputou ao paciente passar por cirurgias de remoção de material para biópsia. Abaixo apresenta-se a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. FALSO DIAGNÓSTICO DE CÂNCER. Sentença de procedência. Apelo da ré e do assistente litisconsorcial. 1. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Prova testemunhal que não se presta a afastar as conclusões do laudo pericial. Conclusão contrária à pretensão dos réus que não justifica a realização de nova perícia ou a nomeação de novo perito. 2. Autor que recebeu diagnóstico equivocado de carcinoma espinocelular superficialmente invasivo (câncer de pele) nas mãos. Perícia que apontou erro de diagnóstico. Ausência de qualquer ressalva na exposição do resultado. Autor que se submeteu a cirurgia para exereses das lesões e biópsia em razão do diagnóstico equivocado. Danos morais caracterizados. Conduta que provocou apreensão e angústia, relacionada com doença grave, e

levou o autor a submeter-se a cirurgia. Cicatrizes nas duas mãos do autor como resultado da cirurgia. Dano estético configurado. Quantum indenizatório mantido. 3. Recurso desprovido. (BRASIL, 2019)

O dano moral pautado na angustia pelo diagnóstico de câncer foi provido. O dano estético na situação exposta também foi provido com base nas cicatrizes deixadas pelos procedimentos cirúrgicos desnecessários, justificando a incidência de danos na “ofensa à personalidade do apelado, que, certamente, como qualquer pessoa, sentiu forte apreensão e angústia com o diagnóstico, havendo dano moral indenizável”. (BRASIL,2019)

Outro exemplo que também se refere a reparação por danos morais, temos o julgamento de Recurso Especial pelo STJ, Resp.: 1721654 MA 2018/0008111-3, onde o Ministro Herman Benjamin era o Relator, e proferiu a decisão apontando a incidência de danos morais tendo em vista o erro médico.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS. SÚMULA 7/STJ. 1. É inviável analisar as teses defendidas no Recurso Especial de que os recorridos não teriam provado o erro médico e de que o valor fixado a título de danos morais seria excessivo, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. 2. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. A verificação da razoabilidade do quantum indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso Especial não conhecido. (BRASIL, 2018)

De acordo com Grün citando Gonçalves “sendo o médico um prestador de serviço, sua responsabilidade, embora subjetiva, está sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, permitindo ao juiz inverter o ônus da prova.” (BRASIL, (2018), apud Gonçalves (2014, online)) Contudo, conforme aduz o Ministro Fernando Gonçalves, no DJ 16.08.2004, “no caso de danos e sequelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva” (BRASIL, 2004, p.261)

4.2 RESPONSABILIZAÇÃO DO HOSPITAL

Importante ponto da discussão do presente estudo foi diferenciar os tipos de responsabilidade civil, e como são aplicadas. No caso de ocorrência do erro médico, o paciente se depara com algumas situações, entre elas, a quem deve se reportar a fim de receber um ressarcimento (quando possível) pelo prejuízo sofrido.

Na legislação Brasileira não vemos de forma expressa o desígnio de responsabilidade hospitalares divididas como objetivas e subjetiva. Contudo, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que o centro hospitalar como prestador dos serviços e fiscal da qualidade dos serviços e atendimento, tem responsabilidade de forma objetiva. Nesse mesmo sentido se dá o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi no REsp, 908.359, que aduz,

o hospital responde objetivamente pelos atos de seu preposto, conforme Súmula nº 341 do STF - é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto - ou, diante da solidariedade na culpa de médico que clinicou no hospital réu, como entende a Min. (BRASIL, 2008)

A súmula 341 do STF, citada no voto da Ministra Andrighi, define que, “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.” (BRASIL, 2019). Dessa forma, é correto afirmar que o posicionamento frequente dos Tribunais atende as definições postuladas pelo Supremo Tribunal Federal. A ministra Mary Grun (Apelação Apelação nº 1010796-30.2016.8.26.0048 - Atibaia - VOTO Nº 13/13 - TJSP) justifica a caracterização objetiva do hospital e aduz que,

Incorrendo o médico em falha na prestação dos serviços e na quebra da expectativa do paciente, estará caracterizada a culpa e o respectivo risco da atividade no que tange ao hospital. Afinal, tal comportamento impediria a vítima de obter um tratamento adequado ao mal que lhe afligiria. Portanto, a responsabilidade do hospital é objetiva, e não subjetiva. (BRASIL, 2019)

Verificando outras possibilidades onde constata-se responsabilização objetiva do hospital, temos o julgamento do processo AC 5001497-33.2011.404.7112 RS 5001497-33.2011.404.7112, julgado na Quarta Turma pelo Relator Luís Alberto

D'Azevedo Aurvalle, que aponta a situação onde não houve incidência de erro médico, tão somente de aparelhos hospitalares que não funcionaram da maneira esperada. Nesse caso, se torna clara a motivação de responsabilidade apenas do hospital e não do médico ou da equipe médica.

ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PARTICULAR E OBJETIVA DO HOSPITAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO/NEGLIGÊNCIA MÉDICA. FALHA NO EQUIPAMENTO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PÚBLICO. SUCUMBÊNCIA.

1. Ao utilizar o serviço público de saúde prestado por hospital público, o paciente não contratou diretamente com o médico, mas com a empresa pública federal. Sendo assim, não se estabelece uma relação direta entre paciente e médico, mas entre aquele e o hospital. (Grifei)

2. Conforme art. 37, § 6º, da CF, a responsabilidade do Hospital, como prestadora de serviço público, é objetiva, independendo de comprovação de culpa no erro médico, enquanto que a do médico é subjetiva. Quando se trata de profissional vinculado ao hospital, esse é responsabilizado indiretamente pelo seu ato, desde que comprovada a culpa do médico pela vítima, fazendo então emergir o dever de indenizar da instituição.

3. A responsabilidade fundada em atendimento e serviços médicos junto a hospitais públicos é subjetiva, tornando-se indispensável a demonstração da existência dos elementos caracterizadores da responsabilização pretendida pela parte autora, quais sejam: a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade entre o ato e o dano e, ainda, a concorrência de culpa. Entendimento contrário transformaria a obrigação do médico em obrigação de resultado e não de meio, o que violaria sua própria natureza e traria conseqüências absurdas no resultado de pendências desta natureza.

4. Não comprovado o nexo de causalidade entre a prestação do serviço médico e os danos sofridos pela autora, não há responsabilidade das rés no ponto. No entanto, comprovado o nexo de causalidade entre os danos sofridos por queimaduras decorrentes de falha em equipamento médico do hospital público, configurada a responsabilidade da União pelos danos estéticos.

5. Para que seja indenizado o dano estético, é imprescindível a ocorrência de deformidade aparente e aferível de imediato, de modo a causar constrangimento que influencie negativamente na convivência social da vítima. Ademais, a lesão deve ser irreparável e permanente, pois, se passível de correção, subsume-se na indenização por dano material decorrente de cirurgia e/ou tratamentos corretivos. (Grifo nosso)

6. Caracterizado o dano estético, com conseqüências significativas, a justificar a respectiva indenização. (BRASIL, 2017)

Ao ingressar na rede pública, o paciente não escolhe o médico que vai tratá-lo e muitas vezes também não escolhe o método que será utilizado para o seu tratamento. Dessa forma, a relação contratual (ou extracontratual) que se insere

conforme o caso prático é constituída entre o hospital e a pessoa que está a seus cuidados.

Dessa forma, ao buscar uma responsabilidade civil pela incidência de danos, a decisão em análise considerou o médico responsável de maneira subjetiva, ficando responsável o requerente pela prova. Sendo hipossuficiente, também será possível realizar a inversão do ônus para a parte autora, e indiscutivelmente será o hospital responsável de forma objetiva.

4.3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Para o Ministro Marco Aurélio B. de Melo citado na na Apelação nº: 00502395720128190042 (RIO DE JANEIRO PETROPOLIS 4 VARA CIVEL, Relator: PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS, Data de Julgamento: 26/07/2017, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/07/2017), a responsabilidade civil do Estado,

envolve situação na qual o Estado tem o dever de evitar o resultado danoso e criou essa obrigação por se tratar de algo vinculado a ele, na qual se pode vislumbrar que o Estado se converteu em garantidor da intangibilidade patrimonial ou moral do cidadão, gerando para a administração pública um “dever individualizado de agir”. (BRASIL, 2015)

A Teoria do Risco Administrativo respaldada pela Constituição Federal de 1988, no artigo 37, §6º, aplica-se quando o agente independente de comprovação de culpa é responsabilizado. Quando o dano é causado pelo agente público, presumidamente deve-se indenizar.

A contraprestação do Estado para a vítima do dano segue o entendimento do Ministro Jesse Torres, que dispõe que o dano ocorrido na rede pública de saúde uma vez verificada falha médica. Neste mesmo sentido segundo a Ministra Mary Grün, na 1010796-30.2016.8.26.0048 - Atibaia - VOTO Nº 13/13 – TJSP, cabe ao Estado o dever de indenizar, aponta a Ministra que:

Caracterizado, resulta a responsabilidade civil objetiva do réu, com base na teoria do risco administrativo (art. 37, §6º, da CR/88), segundo a qual é irrelevante a distinção quanto à culpa do agente público,

bastando haver o dano que, no caso em tela, caracteriza-se por ser in re ipsa, ou seja, se presume do contexto dos fatos e suas consequências sobre os direitos da personalidade do autor, entre os quais a de sua integridade física e psíquica, bem como de sua mãe. (BRASIL, 2019, p. 325)

Para a caracterização de responsabilidade civil, no capítulo II desse estudo, verificou-se que um dos elementos necessários seria a verificação do nexo de causalidade, na prática, podemos citar como exemplo o julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.654 - MA (2018/0008111-3), pelo ministro Herman Benjamin, que aduz,

Quanto ao nexo causal, importa ressaltar que o laudo para solicitação de autorização de internação hospitalar (fl. 30) demonstra que o feto chegou ao hospital com vida, de modo que, diante da ausência de qualquer outro fato alegado e comprovado pelo requerido/recorrente, a única conclusão possível é de que o falecimento do nascituro foi, na melhor das hipóteses, um efeito reflexo da falta de tratamento adequado por parte da equipe médica que, por negligência, submeteu a gestante a longa espera em corredor do hospital e postergou a realização da cirurgia cesariana. (BRASIL, 2018, p.3)

E, pode-se verificar também, no caso prático acima a incidência da responsabilidade do Poder Público independentemente de comprovação dos elementos de culpa (imprudência, negligência e imperícia), que responde civilmente com responsabilidade objetiva. Ressalta o Ministro Herman Benjamin (STJ - REsp: 1721654 MA 2018/0008111-3) em seu voto,

O dano ao feto decorreu principalmente da negligência do Poder Público, o qual foi omissivo, não tomando as providências que lhe cabiam, como dispor de leitos e materiais suficientes à realização de cirurgia cesariana de emergência, dentre outras medidas. Inclusive que não haja certeza absoluta de que o resultado do procedi cirúrgico seria exitoso se tivesse sido agilizado, é admissível a condenação à reparação de danos, se tal probabilidade for razoavelmente provável e esperada diante das circunstâncias do caso concreto. (BRASIL, 2018)

Dando segmento ao estudo de casos concretos onde se pode perceber a presença de elementos jurídicos e fáticos que demonstrem a incidência de responsabilização por parte do Estado, exemplificamos com o recurso de apelação cível, onde o erro médico foi decretado a partir de fato danoso ocorrido pela demora na prestação de atendimento ao paciente, sendo acolhido no caso em tela, a teoria do risco administrativo, sem a necessidade de provar a culpa da entidade estatal.

Assim dispõe a Emenda da apelação do processo nº 0058039-46.2004.8.19.0001 da Segunda Câmara Cível do Rio de Janeiro/RJ:

Apelação cível. Direito Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Erro médico. Ação indenizatória proposta por paciente atendido pelo sistema de saúde estadual que vem a ser alvo de demora na realização dos procedimentos prévios necessários à posterior cirurgia de remoção de tumor em membro inferior direito que, associada à falta de condições infraestruturais do nosocômio, resultou em agravamento do quadro, a culminar com a necessidade de amputação da perna da demandante. Preliminar de legitimidade passiva. Autora foi atendida pela ora recorrente no que concerne aos procedimentos necessários à remoção do tumor desenvolvido em sua perna. Assim, imputada ao réu a responsabilidade civil por ato envolvendo a sua atuação, exsurge a sua legitimidade diante da possibilidade de vir a ser condenada pelo eventual resultado danoso a que houver dado causa. Rejeição da preliminar. No mérito propriamente dito, o desate da lide passa pela valoração da responsabilidade civil estatal sob a ótica da teoria do risco administrativo, a qual embora dispense a prova da culpa do ente público na hipótese de omissão específica, não exige a parte autora de comprovar o dano e o nexo causal incidentes na espécie. Pressupostos que se fazem presentes. Réu que adotou conduta inadequada no manejo da queixa clínica apresentada pelo paciente, máxime quando a prova técnica encartada nos autos notícia que: (i) não foram realizados em tempo hábil os exames necessários à remoção do tumor; (ii) não foi adquirida a prótese que deveria ser implantada após a extirpação da lesão; (iii) que estavam defeituosos os equipamentos necessários à intervenção; (iv) que as condições operatórias nas instalações físicas do hospital àquele tempo não eram favoráveis. Manutenção da condenação ao pagamento de dano moral no valor de R\$70.000,00 levando em conta o grau de reprovabilidade da conduta do réu, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do réu e as condições sociais do ofendido. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, 2018)

No mesmo sentido a apelação de nº 0119600-27.2011.8.19.0001 (APELAÇÃO - 1ª Ementa Des(a). JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR - Julgamento: 09/05/2018 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL) onde o Estado de São Paulo, apelante teve seu provimento negado, com base no princípio da Responsabilidade do Estado, sendo, portanto, polo passivo da ação, e responsável por indenizar a parte que sofreu danos mediante ato médico. No caso abaixo, o relator foi o Ministro Jesse Torres do Tribunal de Justiça de São Paulo e julgou improcedente o apelo da parte requerida.

APELAÇÃO. Responsabilidade civil do estado. Erro de diagnóstico médico em hospital da rede municipal. Falha médica no primeiro atendimento dispensado ao autor. Agravamento das dores. Diagnóstico posterior que evidenciou a falha do atendimento anterior. Sentença de procedência parcial. Dano e nexo causal demonstrado mediante provas

documental e pericial. Valor reparatório que atende aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade e ao seu caráter dúplice. Fluência dos juros de mora a partir do evento danoso. Afastado o índice de correção monetária previsto no art. 1º F da Lei nº. 9494/97, após as alterações da Lei nº 11.960/2009. Provimento que se nega ao apelo do réu e parcial provimento do apelo autoral. (BRASIL, 2018)

4.4 CIRURGIA PLÁSTICA E A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Apesar da cirurgia plástica constituir obrigação de resultado (conforme ressaltado no capítulo II), não necessariamente sempre terá obrigação indenizatória. Para ilustrar essa situação, temos o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como relator J. L. Mônaco da Silva, que partiu do entendimento que o resultado da cirurgia (no caso em análise que nos referimento trata-se de uma cirurgia de realização de mamoplastia) teria logrado êxito portanto, não comportando danos estéticos, pautado no fato de que a requerente exigiu reparação sem a devida comprovação de fatos que comprovassem o dano.

INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - Erro médico - Cirurgia plástica - Autora que alega a não ocorrência do resultado prometido pelo médico-réu - Improcedência da demanda - Inconformismo - Inadmissibilidade - Laudo pericial que concluiu pela inexistência de dano estético - Resultado satisfatório da mamoplastia redutora e comprometimento da análise da dermolipectomia pelo ganho de tecido gorduroso - Requerente que deixou de produzir prova oral, não comprovando o suposto resultado prometido - Danos não configurados - Autora que não logrou êxito em comprovar fato constitutivo do seu direito - Art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil - Sentença mantida - Recurso desprovido.(BRASIL, 2012, online)

No caso apontado acima, a autora não obteve êxito na inversão do ônus da prova, pois o seu direito era responsabilidade civil diagnosticada apenas de modo subjetivo, e sua insatisfação necessariamente deveria ser comprovada pela autora, fugindo das mãos do judiciário a imposição de apontar o requerido como responsável por comprovar a satisfação com os resultados, haja vista não ter sido possível comprovar qualquer fracasso na realização do procedimento cirúrgico.

4.5 A INCIDÊNCIA DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS

A conceituação acerca da incidência de danos estéticos foi relatada no segundo capítulo desse estudo. Contudo, apenas com o objetivo de recapitular, tem-se dano estético, quando a ação de um indivíduo, podendo ser ele médico (ou funcionário a seu comando) ou não, resulta em danos visivelmente identificáveis que representam alguma deformidade ou insatisfação para o paciente/vítima.

Conforme relata o Ministro Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, na Apelação Apelação nº 5001497-33.2011.4.04.7112 do Tribunal Regional Federal da 4º Região:

Para que seja indenizado o dano estético, é imprescindível a ocorrência de deformidade aparente e aferível de imediato, de modo a causar constrangimento que influencie negativamente na convivência social da vítima. Ademais, a lesão deve ser irreparável e permanente, pois, se passível de correção, subsume-se na indenização por dano material decorrente de cirurgia e/ou tratamentos corretivos. (BRASIL, 2017, online)

Dessa forma, nos tribunais tem-se mantido o entendimento que para a caracterização de indenização baseada em danos estéticos, a influência negativa deve ser aparente, e que não seja necessário a produção de provas de carácter subjetivo. Nesse mesmo sentido, temos o julgamento da apelação nº 1006845-60.2015.8.26.0566, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que evidencia o entendimento já disposto, na seguinte expressão disposta na Emenda da decisão **“Danos estéticos evidenciados diante de cicatriz de tamanho grande no membro inferior direito do autor.”** (Grifo nosso) (BRASIL, 2017, online)

Como visto no capítulo anterior, os danos estéticos por si só não excluem a incidência dos danos morais cumulativamente, sendo inclusive muito comum entre os Tribunais aplicarem indenização tanto para danos estéticos quanto danos morais por incidência de erro médico de maneira conjunta. O julgado a seguir exemplifica a situação, trazida pela Apelação nº 0048775-93.2005.8.11.0000 48775/2005, Cuiabá, MT:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO -
RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - DEMONSTRAÇÃO - DANO
MATERIAL PROVADO - DANO MORAL E DANO ESTÉTICO
INDENIZÁVEIS CUMULATIVAMENTE - QUANTUM
INDENIZATÓRIO - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA
RAZOABILIDADE - LUCRO CESSANTE - DESPESA COM
TRATAMENTO FUTURO - AUSÊNCIA DE PROVAS - BLOQUEIO

DE BENS - FALTA DE PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES - SUCUMBÊNCIA PARCIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 10% DO VALOR DA INDENIZAÇÃO - RECURSO PROVIDO EM PARTE - DANOS MATERIAIS CORRIGIDOS DESDE O FATO - DANO MORAL E ESTÉTICO DESDE A DATA DO ACÓRDÃO - ÍNDICE INPC E CORREÇÃO MONETÁRIA PELO ÍNDICE LEGAL. Os danos materiais devidos são aqueles que restaram comprovados nos autos. O dano moral não exige prova, bastando apenas a demonstração do injusto. O dano estético e os transtornos decorrentes do ato cirúrgico justificam a condenação do Apelado a sua reparação. **Para a fixação do quantum indenizatório o Magistrado deverá levar em consideração as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, sempre visando a compensar um mal injusto experimentado pela parte ofendida como também o caráter punitivo pedagógico do ofensor, não podendo, contudo a indenização ser fonte de enriquecimento.** O pagamento de despesas futuras somente poderá ser acolhido quando devidamente demonstrada nos autos a sua necessidade. Os lucros cessantes somente poderão ser deferidos à luz de provas carreadas aos autos e não com base em meras alegações da parte. O pedido de bloqueio de bens, a título de antecipação de tutela, poderá ser deferido pelo Magistrado, desde que estejam presentes seus pressupostos autorizadores. Havendo sucumbência parcial, a parte deverá arcar com os honorários na proporção da sua derrota. (BRASIL, 2006, online) (grifo nosso)

Apesar da possibilidade de cumulação de incidência de danos moral c/c danos estéticos, sempre o julgador deverá se precaver quanto a possibilitar o enriquecimento sem justa causa da parte indenizada, pois, a legislação civil brasileira veda essa prática e quando notada a ocorrência do enriquecimento da parte, a parte sucumbente tem direito a recorrer da decisão, buscando reduzir o que foi estipulado em excesso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve como objetivo geral avaliar a aplicação do instituto da responsabilização civil frente as práticas que caracterizam o erro médico com entendimento pacificado nos tribunais nacionais.

O estudo dedicou-se a dar ampla visão a responsabilidade civil aplicada aos casos de erro médico, sendo que no primeiro capítulo caracterizou-se as maneiras pelas quais são verificadas as modalidades de culpa dentro do instituto responsabilidade civil, bem como os elementos caracterizadores (nexo de causalidade e o dano), sua natureza jurídica, onde pairou a discussão entre extracontratual e contratual, percebendo que a natureza pode ser alterada de acordo com a maneira pela qual a relação médico-paciente é tratada pelas partes, ou surge de um fato não previsto, e também sua prescrição.

Ainda no primeiro capítulo, observou-se os pressupostos da responsabilidade civil de forma pormenorizada, tratando da conduta humana, da impossibilidade de vingança privada, do dano, da culpa tratada como um elemento incidental, da presença denexo de causalidade e suas teorias elencadas por Carlos Roberto Gonçalves, observou-se ainda os casos onde a lesão resulta em morte, e também onde o dano acontece unicamente pela probabilidade de falha humana, para esses casos, na seara médica existe o seguro médico, capaz de proporcionar mais segurança entre as relações de risco.

Já no segundo capítulo, buscou-se tratar da responsabilidade civil de forma mais específica voltada a pessoa do médico e também do direito médico, sendo possível constatar as evoluções erguidas ao longo dos anos e também algumas situações em que serão aplicadas às regras do Direito Civil brasileiro, bem como alçada em legislações específicas, tais como o Código de Ética da Medicina.

Também no capítulo segundo, foram apresentados as maneiras pelas quais são indenizadas as pessoas que sofreram danos através de condutas médicas, seja ele dano moral, dano estético ou dano material, enfatizando a possibilidade de cumulatividade entre esses danos, e sendo levantada a questão que o dano estético não se trata apenas da decisão da mera vaidade, não se restringindo apenas aos casos de cirurgia plástica.

Vinculou-se também a responsabilidade civil médica ao Código de Defesa do Consumidor, estendendo a relação médico-paciente a uma relação de consumo,

sendo possível a inversão do ônus da prova, pautando-se na hipossuficiente técnica do paciente quando diante da prova subjetiva de danos sofridos por erro médico.

Apontou-se no presente estudo, que assim como toda relação jurídica, a relação médico-paciente, também pode ter sua responsabilização isenta diante de um dos excludentes de responsabilidade, que se apresentam em três principais formas (não taxativo) a saber: fato de terceiro, caso fortuito e a força maior.

No capítulo terceiro, abordou-se a forma pela qual a responsabilidade civil é tratada nos tribunais superiores e constatou-se que as lacunas deixadas pela legislação vigente estão sendo dia após dia sendo supridas por entendimentos baseados no caso concreto, em sumulas e jurisprudências do STF e STJ, bem como cada Corte representada pelo seu Ministro Relator, trata de forma a aplicar o melhor direito ao caso concreto sem violar as prerrogativas trazidas pela Constituição Federal, a saber: a proporcionalidade, a razoabilidade e a vedação ao enriquecimento ilícito.

Foi possível concluir do presente estudo, que os Tribunais buscam sempre a aplicação dos Precedentes Judiciais concorrentemente com as disposições no Código Civil, pautando-se sempre nos princípios gerais do direito. Contudo, verifica-se lacunas ainda quanto à aplicação do quinhão indenizatório, onde observa-se que a quantia parte muito mais da discricionariedade judicial, do que de outro meio probatório.

Teve-se como metodologia utilizada a pesquisa qualitativa, quanto à natureza, foi-se utilizado no presente estudo a pesquisa lógica e sequencial também exploratória, tendo como procedimento de estudo principal o bibliográfico e documental.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, **O mini dicionário da língua portuguesa**. 14^o ed. 7^o reimpressão. Rio de Janeiro: 2012.

BECHARA, Evanildo. **Dicionário escolar da língua portuguesa / Academia Brasileira de Letras**. – 2. Ed. – São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

BRASIL. Constituição (2002). Código Civil nº 10.406, de 10 de fevereiro de 2002. **Institui O Código Civil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de março de 1991. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e das outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 12 mar. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ementa nº 103130413613840011. Relator: Desembargadora Márcia de Paoli Balbino. Belo Horizonte, MG, 21 de agosto de 2008. **Diário Oficial da União**. Belo Horizonte, 09 set. 2008. n. 1.0313.04.136138-4/001. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5964394/103130413613840011-mg-1031304136138-4-001-1/inteiro-teor-12100016?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Federal de Justiça. Apelação nº 5001497-33.2011.4.04.7112. Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, RS, 25 de janeiro de 2017. **Extrato de Ata da Sessão de 25/01/2017**. Porto Alegre, 26 jan. 2017. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423203470/apelacao-civel-ac-50014973320114047112-rs-5001497-3320114047112/inteiro-teor-423203519?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação nº 0048775-93.2005.8.11.0000 48775/2005. Cuiabá, MT, 22 de novembro de 2006. Cuiabá, 18 dez. 2006. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322598307/apelacao-apl-487759320058110000-48775-2005?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0119600-27.2011.8.19.0001, Segunda Câmara. Relator: Desembargador Jessé Torres. Rio de Janeiro, RJ, 09 de maio de 2018. **Apelação. Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro, 10 maio 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 908.359. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Santa Catarina, SC, 27 de agosto de 2008. **Superior Tribunal de Justiça Stj - Recurso Especial : Resp 908359 Sc 2006/0256989-8**. Santa Catarina, 17 dez. 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351157/recurso-especial-resp-908359-sc-2006-0256989-8?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 maio 2019.

BRASIL. Tjsp. Apelação. Ação de Indenização Por Danos Morais nº : 1010796-30.2016.8.26.0048. Relator: Desembargadora Mary Grun. Atibaia, SP, 08 de maio de 2019. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Atibaia, 08 maio 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos: **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2009, pág. 409-410.

DENZI, Norman. K; LINCOLN, Yvonna. S.; e colaboradores. **O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 19 set. 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. 827p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. totalmente rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999

FERLA, Irinéia Vettorazzi. **Responsabilidade civil médico-hospitalar por danos a pacientes**. 2015. 96 f. Monografia - Curso de Direito, Centro Universitário Univates, Lajeado, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**: Volume Único. São Paulo: Saraivajus, 2017. 1768 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4 : Responsabilidade Civil / – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. 687p.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor** / Rizzatto Nunes. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2004. 75 f. Monografia (Especialização) - Curso de Graduação em Medicina, UFSC, Porto Alegre, 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9158-9157-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. 1115p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 13ed – São Paulo: Atlas, 2013, 364p.