



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
MONOGRAFIA JURÍDICA

RODRIGO DE LUQUI ALMEIDA SILVA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: ASPECTOS DE
REPARAÇÃO NO BRASIL

Fortaleza
2012

RODRIGO DE LUQUI ALMEIDA SILVA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: ASPECTOS DE
REPARAÇÃO NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil

Orientador: Prof^o Dr. Regnoberto
Marques de Melo Júnior.

Fortaleza

2012

RODRIGO DE LUQUI ALMEIDA SILVA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: ASPECTOS DE
REPARAÇÃO NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil
Orientador: Prof^o Dr. Regnoberto
Marques de Melo Júnior.

Aprovada em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Me. Júlio Carlos Sampaio Neto
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Me. Yuri Cavalcante Magalhães
Universidade Federal do Ceará

*“O homem não é nada além daquilo
que a educação faz dele.”*

Immanuel Kant

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Antônio Rodrigues e Solange Maria, pelas excelentes oportunidades de estudo, pela dedicação investida em mim e pelo constante apoio para que eu possa extrair o máximo das oportunidades da vida.

Agradeço às minhas irmãs Rayssa e Ravena que por muitas vezes me ajudaram nessa trajetória.

Agradeço à minha namorada, Tainah Augusto Sobral, pelo amor, carinho, compreensão, paciência, incentivo e apoio ao longo de todos estes anos de estudo.

Ao Professor Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior pela paciência, estímulos, ensinamentos, apoio e inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos que me levaram a execução e conclusão desta monografia.

A todos os amigos e familiares que compartilharam da minha caminhada, e àqueles que mesmo distantes torceram por mim.

Finalmente, à Deus pelo dom da vida e por plantar em mim um sonho que hoje se materializa.

RESUMO

Esta monografia que será apresentada aborda um tema que, no Brasil, vem crescendo significativamente ao longo dos anos: “Da Responsabilidade Civil por Erro Médico: Aspectos de Reparação no Brasil”. A responsabilidade civil não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos dos domínios da vida social. A relação médico-paciente encontra divergências jurídicas que precisam ser sanadas no âmbito do direito civilista e consumerista. Assim, o objetivo do presente trabalho acadêmico é uma explanação do assunto, visando uma sistematização de raciocínio, expondo de início como se caracteriza conceitualmente, dentro dos preceitos jurídicos, a existência da conduta irregular do médico que faz nascer o dever de indenizar ao paciente que sofrer prejuízo. Neste diapasão será avaliada a necessidade da presença de culpa no proceder do profissional médico e, ainda, serão analisadas as características negociais da relação médico-paciente, através da demonstração dos aspectos contratuais e extracontratuais, porventura existentes nesta relação jurídica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro médico. Prova. Culpa. Obrigação. Dano. Resultado.

RESUMEN

Esta monografía que se presentará abarca un tema que, en Brasil ha crecido de manera significativa a lo largo de los años. “La responsabilidad civil por error medico: los aspectos de la reparación en Brasil.” La responsabilidad civil no es un acontecimiento exclusivo de la vida jurídica, antes se une a todos los âmbitos de la vida. La relación medico paciente encuentra diferencias legales que deben corregirse em virtud de la ley de responsabilidad civil y de los consumidores. El objetivo de este trabajo académico es una explicación de la materia, apuntando a un razonamiento sistemático, exponiendo primero como se caracteriza conceptualmente, dentro de los preceptos jurídicos, la existencia de la mala conducta del medico origina el deber de indemnizar a los pacientes que sufrieron lecciones. En nesta echada se evaluará la necesidad de la presencia de falhos en la conducta de los profesionales médicos y, se analizaron también las características de la negociacion de la relación medico paciente mediante la demostración de los aspectos de obligaciones contractuales y extracontractuales, lo que sucede existir en esta relación jurídica.

Palavras-claves: Responsabilidad civil. Error medico. Prueba. Culpa. Obrigacion. Daño. Resultado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ORIGEM.....	12
2.1 Histórico da responsabilidade civil no Brasil.....	12
2.2 Evolução histórica da responsabilidade civil do médico	14
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	17
3.1 Conceito	17
3.2 Espécies de responsabilidade civil.....	18
3.2.1 <i>Contratual e extracontratual</i>	18
3.2.2 <i>Direta e indireta</i>	20
3.2.3 <i>Subjetiva e objetiva</i>	21
3.3 Elementos essenciais da responsabilidade civil.....	22
3.3.1 <i>Ação ou omissão</i>	23
3.3.2 <i>Dano</i>	23
3.3.2.1 <i>Dano patrimonial</i>	24
3.3.2.2 <i>Dano moral</i>	24
3.3.3 <i>Nexo de causalidade</i>	25
3.4 As excludentes da responsabilidade	25
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO	27
4.1 Natureza da responsabilidade médica	27
4.2 Erro médico	27
4.3 Obrigação de meio e de resultado	28
4.4 Da prova em processo de reparação de danos decorrentes de erro médico	30
4.4.1 <i>Do conceito de prova</i>	31
4.4.2 <i>Ônus da prova</i>	32
4.4.2.1 <i>Teoria da carga probatória dinâmica</i>	33
4.4.3 <i>Da prova pericial</i>	34
4.5 <i>Responsabilidade médica e o código de defesa do consumidor</i>	35
4.5.1 <i>Responsabilidade dos hospitais</i>	36
4.5.2 <i>A inversão do ônus da prova</i>	37
4.6 Teoria da perda de uma chance.....	38
4.7 Seguro médico	39

5 CONCLUSÕES	42
REFERÊNCIAS.....	45

1 INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto o estudo a Responsabilidade civil do médico.

No Brasil, atualmente, vêm aumentando as demandas jurídicas impetradas por paciente contra os seus médicos. A legislação empregada tem sido a mesma que a utilizada para os casos de responsabilidade civil em geral e essa não tem, em nosso Código, um ordenamento preciso, muito menos no que tange à responsabilidade civil no erro médico. A doutrina tem se notabilizado, salvo um ou outro autor, por ter um enfoque médico e não jurídico, visto que a abordagem do assunto ocorreu, num momento inicial, mais por autores médicos do que por juristas. Nota-se uma mudança nítida nessa tendência, recentemente, embora ainda insuficiente para se considerar que já exista uma doutrina tradicional sobre o tema. Na jurisprudência, as discrepâncias ainda são significativas, tanto que, sobre casos iguais, pode-se esperar decisões judiciais diferentes, reformadas, ou não nas instâncias superiores.

Buscou-se analisar questões ainda controvertidas na jurisprudência, enfocar aspectos novos, e, além disso, analisar as peculiaridades da aplicação do instituto ao profissional em tela.

Para tanto, principia-se, no capítulo 2, uma breve exposição do histórico da Responsabilidade civil no Brasil. Trazemos, também, a evolução histórica desde a antiguidade, passando por a Grécia e Roma antiga, da responsabilidade civil do médico.

No capítulo 3, faz-se uma abordagem da responsabilidade civil no Brasil que contempla o conceito, as espécies em que são classificadas, os elementos essenciais e, por fim, as excludentes da responsabilidade civil.

No capítulo 4, foi tratado, especificamente, o tema do presente trabalho, ou seja, a responsabilidade civil do médico e seus aspectos de reparação, onde foram abordadas questões polêmicas como a perda de uma chance, a teoria da carga probatória dinâmica, a responsabilidade de meio e de resultado do facultativo, além de aspectos peculiares da culpa deste profissional e a sua prova no âmbito processual, visto que no Brasil, para que o

ressarcimento do dano, oriundo da culpa médica, seja indenizado é quase sempre necessário o exame da prova pericial. Ademais, analisamos a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, seja nas relações médico-pacientes, seja nas relações hospitalis-pacientes, por conta das ditames preceituados no que diz respeito à inversão do ônus da prova e da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços. Por fim, tratamos do seguro médico que vem crescendo no Brasil, devido o aumento das demandas contra os profissionais da saúde.

Assim, a responsabilidade civil do médico foi analisada sob o ponto de vista da sociedade que em vista dos constantes erros médicos, e falhas na prestação de serviço hospitalar, reclamam do Estado uma prestação mais atuante.

Dessa forma, em que se pese a dura realidade do crescimento dos erros médicos na sociedade moderna, é confortante observar que paralelamente crescem também os mecanismos de proteção aos pacientes e seus familiares.

2 ORIGEM

2.1 Histórico da responsabilidade civil no Brasil

No Brasil, seguindo os ditames da Constituição de 1824, o Código Criminal de 1830 foi transformado em um código civil e criminal, tendo como premissas a equidade e a justiça.

Em um primeiro momento, a reparação civil poder-se-ia dizer que ficaria condicionada a criminal. Sendo aquela atrelada a esta. Posteriormente, as jurisdições foram separadas, adotando-se o princípio da independência da jurisdição civil e criminal.

Assim, ao ser promulgado o Código Civil de 1916 foi adotada, entre nós, a teoria subjetiva que necessita da averiguação da culpa em sentido lato (dolo ou culpa em sentido estrito), a fim de que a conduta seja passível de reparação. Apenas, como exceção era trazida a culpa presumida do lesante (por exemplo, arts. 1527, 1528, 1529).

A partir desse período, nosso país entrou em um processo de desenvolvimento industrial com as ascensões respectivas dos Presidentes Getúlio Vargas (1930 a 1945) e Juscelino Kubitschek (1955 a 1960) ao poder. Isto ocasionou a multiplicação dos danos o que acabou por gerar o desenvolvimento de outras teorias a respeito da responsabilidade civil que buscaram propiciar uma maior proteção a vítima.

Dentre essas teorias, merece destaque a teoria do risco, uma vez que ela cobre vários casos, em que a aplicação das teorias tradicionais revelase insuficiente à proteção da vítima. A responsabilidade é de cunho objetivo, ou seja, não há verificação da culpa (dolo ou culpa em sentido estrito). Monteiro (2007, p. 512 e 513) explica que o operário que sofre um acidente de trabalho tem direito à indenização do patrão, independentemente, de culpa ou dolo, vez que o chefe indeniza, porque é o dono do maquinário ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio, assumindo, assim, um risco que é inerente a própria atividade.

De acordo com Gonçalves (2009, p. 10),

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem aufere os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos).

No direito hodierno, a teoria objetiva da responsabilidade civil apresenta-se como: teoria do risco (estudada anteriormente) e teoria do dano objetivo. Sendo que está última traz o corolário de que existindo um dano, este deve ser indenizado, independentemente da análise da culpa.

Inclusive, nossa Constituição da República Federativa do Brasil¹ (CRFB/88), em seu art. 37, §6º informa que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Os administrativistas Alexandrino e Paulo (2008, p. 601) consideram que esse artigo da CRFB/88, que traz a responsabilidade civil do Estado, é a consubstanciação da teoria objetiva na sua acepção de teoria do risco, e, mais especificamente, para o Direito Administrativo, teoria do risco administrativo.

E como exemplo, dentre outras leis que adotam a teoria da responsabilidade objetiva, temos a Lei de Acidentes de Trabalho e o Código Brasileiro de Aeronáutica.

A nossa principal codificação sobre Responsabilidade Civil é o Código Civil de 2002 (CC/02) que mantém a responsabilidade subjetiva, ou seja, com base na culpa, no art. 927 *in verbis*:

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.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em 26 mar. 2012.

Nas lições de Gonçalves (2009, p. 11 e 12), temos que o CC/02

Adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano. No regime anterior, as atividades perigosas eram somente aquelas assim definidas em lei especial. As que não o fossem, enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco.

2.2 Evolução histórica da responsabilidade civil do médico

“Pio Avecone oferece-nos escorço histórico da evolução da responsabilidade médica através dos tempos.” (AVECONE, 1981, p. 3 e ss *apud* Kfourri Neto, 2007, p. 47).

No Egito antigo, os médicos chegavam a ser confundidos, muitas vezes, com sacerdotes, vez que ostentavam posição elevada na sociedade. Os egípcios tinham um livro contendo regras de obediência a serem seguidas pelos médicos, e, desde que respeitassem as regras, não seriam punidos, caso algum paciente viesse a falecer.

Na Grécia, temos o início de um estudo da medicina que deixa o campo do empirismo, ou seja, passa a nos apresentar elementos de cunho racionais e científicos². E a conduta médica não se presumia incorreta apenas por o esculápio não ter obtido êxito no tratamento, mas, sim, deveria ser analisada no caso em concreto. Assim, Kfourri Neto (2007, p. 51) nos ensina que na Grécia chegou-se a serem adotadas as regras do Egito, ou seja, era admitida a culpa médica quando preenchidas as condições de morte do paciente e a desobediência às prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária.

² EDUARDO, Vasconcelos dos Santos Dantas. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. Disponível em: < http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=3975& > Acesso em: 22 mar. 2012.

A Responsabilidade Civil como hoje a conhecemos recebeu grande influência do Direito Romano. Foi em Roma que se solidificou a idéia de que a vingança privada não deveria ter lugar na vida em sociedade, cabendo ao Estado o poder, e mais, o dever de tutelar as relações interpessoais, disciplinando a indenização devida pelos danos causados por um particular a outrem.

Assim para Kfoury Neto (2007, p. 48 e 49),

A Lei Cornélia estabelecia uma série de delitos relacionados à prática da profissão médica e as penas que deveriam ser cominadas.

Entretanto, com a Lex Aquilia de damno, plebiscito posterior à Lei Hortênsia, do século III a.C., formulou-se um conceito de culpa, bem como fixaram-se algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas.

Como consequência, estabelece-se a obrigação de reparar o dano, limitando-o ao prejuízo econômico, sem se considerar o que hoje se define como dano moral.

[...] Na Lex Aquilia encontram-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional.

Durante a idade média, a medicina voltou a regredir, passando por uma fase de absoluto empirismo, sendo exercida à época por sacerdotes, feiticeiros, escravos, etc., caindo, assim, em descrédito, vez que o número de insucessos era maior que o de acertos. Por consequência, os julgados envolvendo erros médicos passaram a ter uma maior severidade.

Dessa forma, a evolução da responsabilização do médico deu-se de forma descontínua, passando por períodos de evolução e regressão, uma vez que os fatos sociais influenciavam de maneira profunda a codificação.

De acordo com Kfoury Neto (2007, p. 52), no começo do século XIX, a responsabilidade jurídica dos profissionais da arte de curar quase desapareceu, vez que a Academia de Medicina de Paris proclamou a exclusiva responsabilização moral do facultativo. A decisão pretendia criar um tipo de imunidade para os médicos, que poderiam ser responsabilizados apenas com o preenchimento de requisitos específicos.

Tal situação transformou-se em 1832, quando o Tribunal de Domfront em França, condenou um médico ao pagamento de pensão anual, por um dano cometido, à família da vítima. Esse foi um marco doutrinário e jurisprudencial que veio a garantir a responsabilização dos esculápios em pé de igualdade com os outros cidadãos. Assim, hoje na França, é plenamente aceita a responsabilização médica por atos cometidos no exercício da profissão.

Hodiernamente, temos que a responsabilidade civil do médico é regida pelos princípios da responsabilidade civil em geral. Não existindo especificidade entre a responsabilização do esculápio e do cidadão no que diz respeito ao dever de indenizar, ressarcir e reparar.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

3.1 Conceito

O vocábulo “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que nos traz a idéia de segurança ou garantia de restituição. Tendo o significado de compensação, recomposição na busca de obrigar o lesante a reparar um eventual dano.

Dias (1954, p.05), ao conceituar o instituto em tela, afirma que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto quanto os aspectos que pode abranger, conforme teorias filosófico-jurídicas. Várias são, pois, as significações”.

De acordo com Pereira (1990, p. 16),

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é culpa, ou se independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

Rodrigues (2002, p. 06) traz em seus escritos que a responsabilidade civil é a “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Diniz (2003, p.36) ensina que “responsabilidade civil é a aplicação das medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou por simples imposição legal”.

Gonçalves (2009, p. 04) traz a baila que

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito

é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que resolve em perdas e danos.

Temos assim, os conceitos de responsabilidade civil para os doutrinadores citados. Sendo o conceito de Maria Helena Diniz, aquele que vem a se adequar aos preceitos trazidos pelo novel Código Civil de 2002, pois corrobora com a idéia de responsabilidade baseada na culpa (subjativa) e na independente de culpa (objetiva).

3.2 Espécies de responsabilidade civil

3.2.1 Contratual e extracontratual

A responsabilidade jurídica pode ser, com base em seu fato gerador, contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual existe quando se dá um inadimplemento de uma obrigação que tem como base um contrato estipulado entre as partes. A disciplina legal encontra-se estampada no art. 389 do CC/02 “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo os índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”.

Conforme Diniz (2003, p. 119),

Responsabilidade contratual, se oriunda da inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de um ilícito contratual, ou seja, pela falta de adimplemento ou de mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. O ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar.

De acordo com Gonçalves (2009, p.26),

Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o

passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do código civil.

Dessa forma, temos na responsabilidade em questão que há um prévio vínculo jurídico entre as partes contratantes, por meio de um contrato. Assim, caso qualquer das partes venha a lesar a outra, ocasionando um inadimplemento contratual, passará o inadimplente a ter responsabilidade de ressarcir eventuais prejuízos perante a outra parte. Podendo eximir-se da responsabilidade, no caso de demonstrar que existiu no caso em concreto alguma excludente de responsabilidade, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima.

Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana não deriva de um contrato, mas, sim, de um inadimplemento normativo, quando a obrigação deriva da própria lei que pode ser com culpa (subjéitiva) ou sem culpa (objéitiva).

A responsabilidade em comento encontra-se estampada no 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”) do CC/02 combinado com o art. 927 (“aquele que, por ato ilícito, ‘arts. 186 e 187’, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”) do mesmo diploma legal.

Na responsabilidade aquiliana, a priori, não existe nenhum vínculo jurídico anterior entre o causador do dano e a vítima, quando aquele comete o ato ilícito.

Diniz (2003, p.121) ao comentar sobre o tema prescreve que

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana é resultante de um inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas a uma relação obrigacional ou contratual. A fonte desta responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica. O *onus probandi* caberá a vítima, ela é quem deverá provar a culpa do agente. Se não conseguir, tal prova ficará sem ressarcimento. Além desta responsabilidade baseada na culpa. Abrangerá ainda a responsabilidade sem culpa fundada no risco, ante a insuficiência da culpa para cobrir todos os danos.

Gonçalves (2009, p. 27) nos diz que “há quem critique essa dualidade de tratamento. São os adeptos da tese *unitária* ou *monista*, que

entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são os seus efeitos”.

Pelo exposto, temos que ambas necessitam dos mesmos elementos, quais sejam, dano, o ato ilícito e a causalidade, conforme doutrina majoritária. O Brasil acolhe a tese *dualista* ou *clássica*, sendo uma diferença marcante aquela que reside, conforme explicado anteriormente, no ônus probatório, visto que, na responsabilidade contratual, cabe ao causador do dano provar a existência de alguma excludente de responsabilidade, enquanto que na responsabilidade aquiliana a prova cabe a vítima.

3.2.2 Direta e indireta

A responsabilização civil classificada em direta e indireta baseia-se no agente que praticou a ação.

Diniz (2003, p. 120) nos ensina que

A responsabilidade será direta se proveniente da própria pessoa imputada, o agente responderá, então, por ato próprio. E será indireta ou complexa se propanar de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.

O artigo que disciplina a responsabilidade indireta³ é o 932 do CC/02, sendo este dispositivo subdividido em cinco incisos, enumerando as hipóteses da responsabilização indireta: dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob o poder familiar, do tutor e do curador pelos atos dos pupilos e dos curatelados, do patrão por ato do empregado em serviço, do dono de hotel por seus hóspedes e, por fim, dos que tiverem participado gratuitamente de produto de crime até a concorrente quantia.

Venosa (2005, p. 75) afirma que

Se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização, muitas situações de prejuízo ficariam irressarcidas. Por isso, há muito, os ordenamentos admitem que, situações descritas na lei, terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento do prejuízo, embora não tenham concorrido diretamente pelo evento.

³ Deve-se observar o enunciado 451 da V Jornada de Direito Civil - A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada> > Acesso em 02 mai. 2012

A responsabilidade indireta dá ensejo a aplicação da chamada responsabilidade objetiva a qual será estudada adiante.

3.2.3 Subjetiva e objetiva

A responsabilidade pode, ainda, ser classificada em subjetiva e objetiva, tendo como parâmetros os fundamentos da responsabilidade civil.

A responsabilidade subjetiva tem como base o fato de que para existir a imputação da responsabilização de um fato danoso ao agente causador, há de se comprovar a culpa em sentido lato deste. Esta teoria baseia-se no art. 186 do CC/02 mencionado anteriormente.

De acordo com Gonçalves (2009, p. 30),

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

Diniz (2003, p.121) também contribui para a elucidação quando proclama que “a responsabilidade será subjetiva se encontrar sua justificativa na culpa ou no dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar”.

Enquanto que na responsabilidade objetiva não será necessária a prova da culpa, satisfazendo-se com os elementos dano e nexos da causalidade, fundamentada na teoria do risco.

A disposição legal que fundamenta a responsabilidade objetiva no CC/02 está no parágrafo único do art. 927 que preceitua “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, riscos para o direito de outrem”.

Como exposto acima, existem duas possibilidades de responsabilização objetiva, sendo a primeira nos casos especificados em lei, como exemplo, temos os casos de responsabilidade indireta, retro mencionados, no art. 932 do CC/02. Enquanto que a segunda é no risco que a

atividade, por si só, pode gerar. Segundo Cavalieri Filho (2010, p.172), o Código Civil não delimitou o conceito de atividade de risco, sendo assim, relegou ao magistrado uma discricionariedade que antes pertencia exclusivamente ao legislador.

Rodrigues (2002, p. 11) ensina que

Segundo a Teoria do Risco aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem o direito a ser indenizada por aquele.

Assim, temos que na responsabilidade subjetiva parte-se de um fato gerador do dano que é ilícito, de modo que o causador do dano deverá reparar o prejuízo causado a vítima, se ficar provado pela vítima que ele agiu com dolo ou culpa.

Ao contrário da responsabilidade objetiva, que a atividade pode até ser lícita, mas que por causar perigo ou risco a outrem, deverá ser o dano, que por ventura venha a causar, reparado pelo simples implemento do nexo causal, sem averiguação de culpa, fundado na teoria do risco⁴.

3.3 Elementos essenciais da responsabilidade civil

A doutrina diverge quanto aos elementos (pressupostos) que caracterizam a responsabilidade civil.

Diniz (2008, p. 37 e 38) ao comentar o assunto afirma que os pressupostos são: ação, dano e nexo de causalidade. Venosa (2008, p. 23 e ss) nos remete a idéia de quatro elementos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal.

Já Gonçalves (2009, p. 39 e ss) compartilha do entendimento de Venosa ao enumerar quatro elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão do agente, culpa, dano e relação de causalidade.

⁴ NICELLY, Alessandra Bohatch. Responsabilidade civil do médico. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/vdisk3/data/Monoresp_civil_medico_Niely.pdf > Acesso em: 20 fev. 2012.

Já o CC/02, em seu art. 927, parágrafo único, preceitua a responsabilidade objetiva, sendo esta independente da prova de culpa. Assim, ao que parece, assiste razão a Diniz (2008, p. 37 e 38), vez que a renomada doutrinadora não inclui entre os elementos essenciais a culpa, pois tal elemento no caso da responsabilidade objetiva é dispensável.

3.3.1 Ação ou omissão

Para Gonçalves (2009, p.35),

Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

De acordo com Venosa (2008, p. 23) “o ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Esse conceito prende-se ao de imputabilidade, porque a voluntariedade desaparece ou torna-se ineficaz quando o agente é juridicamente irresponsável”.

Reitera Diniz (2008, p. 39),

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.

Dessa forma, o pressuposto em comento considera-se preenchido, quando o agente praticar uma conduta comissiva ou omissiva, indo de encontro a um dever legal, desde que o causador do dano tenha a consciência e a voluntariedade.

3.3.2 Dano

O dano é um dos elementos essenciais, uma vez que não há que se cogitar da existência da responsabilidade civil sem um prejuízo causado pelo agente.

Cavaliere Filho (2010, p.72 e 73) ao comentar sobre o assunto nos fala que

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode 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.

Assim, é primordial a existência de um agente que cause um dano, visto que sem esse pressuposto não há o dever de indenizar a vítima.

Doutrinariamente, o dano pode ser classificado em patrimonial e moral, conforme veremos a seguir.

3.3.2.1 Dano patrimonial

O dano patrimonial, também conhecido com dano material, vem a ser aquele que afeta a esfera patrimonial do ofendido. O dano causado a um bem de cunho material, excluindo-se o dano psicológico.

Diniz (2008, p.66) ao doutrinar o conceito do dano em questão considera

Ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

3.3.2.2 Dano moral

Já o dano moral, segundo Venosa (2008, p. 41) “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”.

Assim, o dano moral abrange a lesão a interesses não patrimoniais, tanto da pessoa física quanto da jurídica. Para que tal dano seja configurado, não pode existir repercussão patrimonial, pois, caso exista, deixará de ser extrapatrimonial.

Há ainda que se levar em consideração que a CRFB/88 fortaleceu o dano moral, ao prever a possibilidade de indenização, independentemente do dano patrimonial, em seu art. 5º, inciso V.

3.3.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade vem a ser pressuposto da responsabilidade civil, porque é o elo entre ação ou omissão e o dano causado pelo agente.

Na lição de Diniz (2008, p. 108) é

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada com sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela conseqüência.

Dessa forma, é com o nexos da causalidade que determinado resultado lesivo poderá ser imputado ao agente. Até na responsabilidade objetiva que prescinde de culpa do agente, o nexos causal será indispensável, visto que há de estabelecer uma relação de causa e efeito.

3.4 As excludentes da responsabilidade

As excludentes de responsabilidade são os fatos que, ocorrendo, impedem que se concretize o nexos causal, ou seja, há um rompimento do nexos de causalidade, afastando, pois, o dever de indenizar do agente causador.

Assim para Venosa (2008, p. 49), “a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar” são excludentes da responsabilidade.

A culpa exclusiva da vítima é caso em que se elimina qualquer responsabilidade do agente, visto que o evento danoso se deu por absoluta culpa da vítima, devendo esta arcar com os prejuízos que ocasionou.

Na culpa de terceiro, isto é, quando qualquer pessoa que não seja o agente ou a vítima, tiver a culpa exclusiva pelo fato, a esta deverá ser imputada o resultado danoso, excluindo-se a responsabilidade dos outros.

Já o caso fortuito e a força maior, para Venosa (2008, p. 51), distinguem-se, sendo que “o caso fortuito decorreria de forças da natureza, tais como terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto que a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinações de autoridades (fato do príncipe)”. Sendo, na forma do art. 393 do CC/02, excludente da responsabilidade.

Por fim, no que diz respeito ao campo contratual, encontramos a cláusula de não indenizar. É a cláusula firmada entre as partes pactuantes, de forma que uma das partes declara-se irresponsável pelos eventuais danos que por ventura venha a causar. Desde já, salienta-se que tal cláusula não é possível no contrato médico, e, mesmo que venha a ser estipulada entre as partes, deverá ser considerada nula de pleno direito pelo magistrado.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

4.1 Natureza da responsabilidade médica

A natureza jurídica da responsabilidade do esculápio já foi anteriormente motivo de muitos debates quanto à sua caracterização, se contratual ou extracontratual. Sendo que, para alguns autores, a relação entre o médico e o paciente constituiria um contrato *sui generis*, por conta de a atividade ser peculiar.

Muito embora, hoje, não mais, assista razão a tal discussão, apesar de o código civil classificar a responsabilidade médica dentro dos atos ilícitos. Dias (1954, p.2 e 282) é claro ao afirmar: “ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. [...] Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”.

Mesmo sendo a responsabilidade médica de natureza contratual, não podemos afirmar que sempre a responsabilidade tem origem em um contrato, existindo casos em que tal fato não ocorre. Por exemplo, o médico que atende alguém desmaiado na rua. Sua responsabilidade não terá origem em um contrato, mas seu dever de indenizar, caso produza um dano, será a mesma.

4.2 Erro médico

O erro médico em seu sentido mais amplo seria o descumprimento do dever do médico, ou seja, pode ser caracterizada como uma falha no exercício de sua profissão que tenha causado algum tipo de dano ao paciente.

Seria, portanto, o mau resultado ou resultado adverso, mas que seja decorrente de um ato positivo ou negativo do profissional, por inobservância de conduta técnica, estando o esculápio em pleno exercício de suas faculdades

mentais. Excluindo-se, dessa forma, as limitações impostas pela própria natureza da enfermidade.

Assim, independentemente do fato de a responsabilidade decorrer do contrato ou de ato ilícito, os médicos têm uma série de deveres originários do contrato ou da lei que, se descumpridos, ensejam a responsabilização civil por erro médico, em qualquer de suas espécies. Cumpre notar que os deveres do médico estão presentes antes, durante os diversos momentos de atividade médica e após seu encerramento.

O erro pode consumir-se nas diversas modalidades da atividade médica: diagnósticos, prognósticos, cirurgias, pós-operatórios e tratamentos.

Como a ciência médica não é exata, existem situações em que o resultado não é satisfatório para o paciente, mas que não se está diante de um erro médico. Isso acontece quando, apesar de o profissional ter agido com total diligência, obtém resultado diferente do almejado. Tal adversidade decorre de uma situação imprevisível, inerente a condição do ser humano, e a evolução própria da sua enfermidade que pode (e, com certeza, vai) variar de uma pessoa para outra.

Outro acontecimento que não pode ser confundido com o erro médico é o surgimento de um novo fenômeno no curso do tratamento, a exemplo de uma nova doença que agrava o quadro clínico.

Assim, temos que nem todo mau resultado de um tratamento, deve ser considerado um erro médico. Há que se observar as características próprias, caso a caso.

4.3 Obrigação de meio e de resultado

Para que seja caracterizada a responsabilidade civil do profissional liberal, é necessário que se distinga o que seja obrigação de meio e obrigação de resultado¹.

Para Theodoro Júnior (1999, p.41) a distinção reside “na obrigação de resultado, o contratante se obriga a alcançar um determinado fim, cuja não

¹ PIMENTA, Fátima Coutinho Nascimento Pimenta. Responsabilidade civil do médico por dano estético. Disponível em: < <http://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/responsabilidade-civil-do-medico-por-dano-estetico.pdf> > Acesso em: 27 mar. 2012.

consecução importa em descumprimento do contrato. Já na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo.

Percebe-se de tal forma que a obrigação de meio não obriga o profissional a um resultado específico e determinado, mas apenas o obriga a agir com prudência, diligência, cuidado, dedicação e toda a técnica disponível rumo a sua finalidade, mas sem o compromisso de atingi-la.

Para Gifoni, Matos e Maia (2007, p. 116),

A obrigação de meio (também denominada obrigação de diligência) é aquela em que o contratado se obriga apenas a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem contudo, garanti-lo. Nessa relação obrigacional, o fornecedor ou prestador de serviço só está obrigado a fazer o que estiver ao seu alcance para conseguir o objetivo pretendido pelo interessado.

Já na obrigação de resultado existe um compromisso do prestador de serviços a alcançar um determinado resultado específico, que é o centro da própria obrigação, sem o qual resultará em um inadimplemento obrigacional, ou seja, o resultado avençado deverá ser alcançado ou haverá a responsabilidade por uma inexecução obrigacional.

Hodiernamente, de acordo com o entendimento amplamente majoritário, a natureza da obrigação da prestação dos serviços médicos é considerada de meio, pois o esculápio obriga-se a agir com a diligência necessária à obtenção do resultado, mas sem poder jamais assegurá-lo. Muito embora tal posicionamento seja aquele que prevalece atualmente, existem algumas situações em que são aplicados os ditames das obrigações de resultado, tais como em cirurgias plásticas, exames laboratoriais.

Venosa (2008, p. 139) corrobora tal idéia ao afirmar

Não se tratando de cirurgia estético-embelezadora ou de exames clínicos, radiológicos e assemelhados, a obrigação médica é de meio. Não pode o médico assegurar a cura, o resultado, Deve aplicar, no entanto, toda a diligência de sua técnica para atingi-lo. Na grande maioria das atuações, portanto, a obrigação do médico é de meio; por vezes será de resultado, como se afirma na cirurgia plástica meramente estética e em exames laboratoriais, hoje cada vez mais sofisticados.

Embora o posicionamento da doutrina majoritária seja nesse sentido no que diz respeito à cirurgia estética, existem estudiosos² que divergem desse pensamento na doutrina, afirmando que não há distinção entre as obrigações assumidas pelos esculápios em casos de cirurgias estéticas e nos demais procedimentos médicos, uma vez que a álea está presente em qualquer ato cirúrgico, inclusive nos mais simples. O que acontece nos casos de cirurgia estética é que os próprios médicos fazem uma garantia de um resultado a ser alcançado. O prestador de serviço, nesse caso, compromete-se a um determinado fim, gerando o inadimplemento contratual, caso não ocorra conforme o avençado.

Assim, mesmo nesses casos, a obrigação, para a doutrina, não deixará de ser caracterizada como de meio, mas deverá o prestador do serviço ser responsabilizado pela garantia contratual que concedeu.

Do exposto, ao que parece, a obrigação do esculápio deveria ser sempre de meio, devido à presença do fator álea em todas as intervenções médicas, exceto nos casos laboratoriais.

4.4 Da prova em processo de reparação de danos decorrentes de erro médico

De início devemos consignar que a culpa médica não se presume apenas pelo fato de o profissional não ter conquistado o sucesso perquirido no

² Tal posicionamento é o de Aguiar Júnior: O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, - sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, - assumindo a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis são as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios. AGUIAR JR., Ruy Rosado; Responsabilidade civil do médico. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/555/Responsabilidade_Civil_do_M%C3%A9dico.pdf.txt?sequence=3> Acesso em 06 mar. 2012.

tratamento, mas deve-se analisar a conduta seguida por ele, caso estava de acordo com as prescrições da própria ciência médica.

De acordo com a nossa CRFB/88, temos que os processos devem ser regidos pelo princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. De acordo com aquele, as partes podem produzir as provas que entenderem necessárias para elucidação dos fatos, enquanto que este é decorrente da própria bilateralidade processual, inerente ao próprio direito de defesa, ou seja, quando uma das partes alega algo, há de ser ouvida a outra parte, dando-lhe oportunidade de resposta. Assim, decorre, por conta desses princípios, a possibilidade dos demandantes lançarem mão de vários meios na tentativa de convencimento do magistrado de que tal direito lhe pertence.

Nas demandas em que o facultativo figura no pólo passivo é comum, de acordo com a doutrina e jurisprudência, para que ocorra o ressarcimento de lesões injustas causadas, que ocorra a prova pericial, muito embora se tenha noção de que o magistrado não está adstrito à conclusão do laudo em nome do princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, estampado no art.131 (“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”) do Código de Processo Civil (CPC).

No âmbito em que se desenvolvem as demandas médicas, são consideráveis as dificuldades na produção de provas para que ocorra a culpa do facultativo. Isso ocorre, porque, normalmente, os fatos desenvolvem-se em ambientes reservados, como os consultórios e as salas cirúrgicas. Além disso, os próprios pacientes são, geralmente, leigos no que diz respeito aos assuntos da medicina. Assim, não sabem quais os procedimentos a que estão se submetendo, para que pudessem avaliar a causa e o efeito. Dessa forma, faz-se imprescindível, por parte do esculápio, a elucidação de todos os fatos ocorridos e as prováveis conseqüências de sua enfermidade.

4.4.1 Do conceito de prova

Em sentido lato, pode ser considerada prova qualquer mecanismo que possibilite as partes demonstrarem a veracidade dos fatos que alegam. Sendo instrumento essencial no processo, a fim de convencer o julgador da causa de que deve elucidar o litígio de maneira favorável a uma das partes.

Assim, torna-se necessário para que possa produzir um estado de certeza, não só ao julgador da demanda, mas, também, nas partes litigantes.

Em princípio, pode ser alegado, como prova, qualquer recurso admitido em direito, ainda que não previsto em lei, desde que se trate de um meio lícito e moralmente legítimo. Assim, dentre os meios probatórios encontram-se os típicos (depoimento da parte, confissão, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, inspeção judicial) que contam com previsão expressa em lei e os atípicos que não encontram sede legal, mas que podem ser utilizados.

Para Didier Jr, Braga e Oliveira (2010, p.43),

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizada para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrarem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

4.4.2 Ônus da prova

Ônus é o agir de determinado modo para a satisfação de um interesse próprio, a fim de evitar uma situação de desvantagem. Assim, é um encargo atribuído a parte, mas que não pode ser considerada como uma obrigação.

O CPC nos traz em seu art. 333 a regra geral quanto ao ônus probatório, afirmando que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito, enquanto que ao réu é incumbida a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Dessa maneira, o ônus da prova deve recair sobre alguma das partes a respeito de determinado fato que ocorreu em um processo. Normalmente, o juiz acata as provas trazidas pelas partes, desde que assim entenda pertinentes, e as partes as produzem, sem se prenderem a fixação probatória deduzida de lei.

O que ocorre é que, em determinados casos, aquela parte que deveria comprovar aquilo que alegou, não o faz. Em conseqüência, o seu sucesso na lide resta prejudicado, uma vez que não foi demonstrado um fato essencial ao convencimento do julgador.

Gifoni, Matos e Maia (2007, p. 85) lecionam que

Via de regra, o julgador deve considerar qual das partes é a mais competente para produzir a prova de determinado fato, considerando os elementos oferecidos pelos litigantes. Nesse viés, as regras da carga probatória evitam que esse encargo recaia sempre sobre o promovente, pois, se assim o fosse, muitas vezes equivaleria a negar-lhe a tutela jurisdicional. Por outro lado, seria uma atividade desproporcional aos limites da resposta impor ao promovido, sob pena de procedência dos pedidos do autor, a tarefa de prova que as afirmações da parte contrária não são verdadeiras. Mas, o réu também não pode e não deve simplesmente negar os fatos, direcionando todo esse ônus para o demandante.

O juiz pode, com base na inversão do ônus da prova, transferir, de forma excepcional, à parte, que pela norma processual, não deveria provar o fato, respaldando-se no Código de Defesa do Consumidor (CDC), conforme será estudado posteriormente.

4.4.2.1 Teoria da carga probatória dinâmica

É de predominância hodierna em território argentino a teoria da carga probatória dinâmica, difundida pelo jurista argentino Jorge W. Peyrano.

Assim, em determinadas circunstâncias, produz-se uma transferência da carga probatória de um sujeito processual a outro (no caso, o profissional), por conta de este estar em melhores condições de cumprir com tal determinação.

Tendo em vista que as partes têm o dever de agir com boa-fé e de municiar o magistrado com o maior número de informações sobre o caso para uma resolução mais justa da causa, cada uma delas deverá concorrer com os

elementos probatórios que estiverem ao seu alcance. Como nas relações entre médicos e pacientes, geralmente, aqueles dispõem de maior quantidade de registros do fato, deverão trazê-los ao processo.

O que temos, então, é que no Brasil, nosso CPC, impõe, de certa forma, uma rigidez probatória de acordo com o art. 333 retro mencionado, indo de encontro ao princípio da carga probatória dinâmica.

Dall'agnol Junior (2001, p. 11 *apud* Gifoni, Matos e Maia, 2007, p. 88) defende uma flexibilização doutrinária e jurisprudencial nos seguintes termos:

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato a provar – implementando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.

De acordo com o exposto, deve-se ter em mente que a teoria da carga probatória dinâmica é um recurso alternativo aos critérios, algumas vezes, por demais rígidos utilizados pelos magistrados para dividirem o ônus da prova em demandas médicas. Critérios estes que equivalem a negar a tutela jurisdicional, já que, muitas vezes, o autor não dispõe dos meios necessários a elucidação dos fatos. Assim, essa teoria pode conduzir a resultado processual mais justo.

4.4.3 Da prova pericial

O referido meio probante deve ser citado, por ser típico das demandas que envolvem reparação de danos por erro médico.

Esse tipo de mecanismo probatório é corriqueiramente utilizado, quando os fatos alegados no processo, a fim de que sejam ponderados corretamente pelo magistrado, passam a depender de um conhecimento abalizado ou especial.

De acordo com Gifoni, Matos e Maia (2007, p. 98),

Os objetivos essenciais da avaliação pericial resumem-se em analisar as circunstâncias em que se verificou o ato médico, estabelecer se houve ou não descumprimento de norma técnica, bem como o dano

alegado (caracterizando sua extensão quando presente) e ainda, caso positivo, estabelecer o nexo causal entre a ofensa e o procedimento realizado.

O perito deve utilizar metodologia adequada, todos os recursos médico-legais disponíveis, além de exames subsidiários necessários para esclarecer os fatos e expô-los no respectivo laudo, preferencialmente citando a literatura especializada que deu embasamento às suas respostas aos quesitos formulados pelas partes e pelo julgador.

Uma perícia médica é, sem sombra de dúvida, a maneira mais eficiente de se demonstrar se houve ou não erro de conduta do profissional de saúde. Ela deverá ser requerida pelo promovente na petição inicial, conforme o inciso VI de art. 282 do código de processo civil. Quando ao promovido, reconvinte, e/ou oponente, o momento adequado de requerê-la é por ocasião da contestação (art. 300 do CPC).

É de fundamental importância esclarecer que o requerimento pericial serve apenas como uma das formas de indicação de modalidades probatórias no âmbito da marcha processual, tendo em vista que, se não forem obedecidos tais preceitos, poderá gerar a preclusão temporal. Não podendo, assim, ser argüida em outra oportunidade pelas partes.

4.5 Responsabilidade médica e o código de defesa do consumidor

A responsabilidade médica por danos causados aos consumidores por serviços prestados de forma defeituosa é regida pelo art. 14 do CDC³:

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.

Dessa forma, os médicos, assim como os advogados, são profissionais liberais, sendo contratados com base na confiança que demonstram para com os seus clientes. Assim sendo, de acordo com o CDC, apenas, deverão ser responsabilizados pelos danos, que eventualmente

³ Em sentido contrário, o Código de ética médica em seu capítulo I - XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo. Disponível em: <
http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122 >
Acesso em: 02 mai. 2012.

causarem, quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa em sentido lato, ou seja, dolo, imprudência, imperícia e negligência⁴.

4.5.1 Responsabilidade dos hospitais

Diferentemente do explanado anteriormente, a exceção da responsabilidade subjetiva do profissional liberal não atinge a pessoa jurídica prestadora do serviço, ou seja, a responsabilidade hospitalar deverá ser apurada de forma objetiva, pois, ao considerarmos que os nosocômios prestam serviços a destinatários finais, mediante remuneração, não há dúvidas de que tais estabelecimentos são prestadores de serviços, já que se tal conceito se amolda perfeitamente ao caput do art. 14 retro mencionado.

Kfoury Neto (2007, p. 199) afirma que “[...] existindo vínculo empregatício entre o médico e a casa hospitalar, a vítima demandaria a reparação em face do estabelecimento, apenas provada a efetiva ocorrência do dano – incumbindo ao hospital provar as excludentes do art. 14, §3º, como único modo de se exonerar do encargo”.

Dessa forma, para a doutrina, a responsabilidade objetiva, trazida pelo CDC, não tem caráter absoluto, uma vez que podem ser alegadas como matéria de defesa a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Para Gifoni, Matos e Maia (2007, p. 109),

[...] a doutrina e a jurisprudência concordam que o médico responderá sozinho pelas eventuais falhas cometidas quando não atender o paciente na qualidade de preposto da empresa, mas sim como profissional liberal, o que ocorre se apenas utiliza a estrutura hospitalar para internar paciente particular. Não tendo o hospital nada deixado faltar ao paciente em termos assistenciais, só poderá ser responsabilizado por erros médicos quando houver vínculo empregatício entre ele e o profissional causador do dano.

Por fim, vale ressaltar que a vítima de erro médico não está limitada a propor a ação apenas contra os sujeitos retro citados (profissional e hospital), mas também, contra o plano de saúde, por força do art. 25, §1º do CDC que

⁴ MENDES, Nelson Figueiredo. Responsabilidade ética, civil e penal do médico. 1 ed. São Paulo: Sarvier, 2006.

nos traz a possibilidade da responsabilização solidária entre os causadores do dano.

4.5.2 A inversão do ônus da prova

Como visto, caracterizada a relação de consumo, a responsabilidade passa a ser objetiva, e, portanto, deve-se aplicar as regras processuais estampadas no CDC, inclusive na questão da inversão do ônus da prova.

O CPC passa, assim, a ser apenas uma fonte subsidiária, já que se deve obediência ao art. 6º, VIII do CDC: “São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Ressalte-se que a disposição do artigo supra citado é uma faculdade do magistrado, uma vez que traz a expressão “a critério do juiz”. Portanto, nos casos em que a inversão não ocorra, deve-se seguir as regras ordinárias.

Tal preceito foi estabelecido no CDC como uma forma de facilitação probatória para o consumidor que é, visivelmente, a parte mais frágil das relações consumeristas.

É importante ainda observar que a inversão do ônus da prova não fica ao puro arbítrio do julgador. Existem requisitos a serem preenchidos. Sem os quais não poderá ser deferida tal pretensão.

Gifoni, Matos e Maia (2007, p. 94) explicam os requisitos e comentam a inovação trazida pelo CDC da seguinte forma:

De fato, essa novidade foi concebida para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, quando for levada em conta pelo magistrado a verossimilhança de suas alegações, e/ou a sua hipossuficiência, isto é, quando ele for evidentemente inferior ao fornecedor-demandado no campo econômico, cultural, social, ou ainda na falta de conhecimento técnico sobre o objeto da relação de consumo.

Por fim, colacionamos uma decisão do Superior Tribunal de Justiça⁵ (STJ) para demonstrar aquilo que explicamos, até o presente momento, quanto

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 696.284 – RJ (2004.0144963-1). Relator: Ministro Sidnei Benetti. Brasília, 3 de dezembro de 2009.

à aplicação do CDC nas demandas que envolvem reparação civil por erro médico:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ.

1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII).

4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

5.- Recurso Especial do hospital improvido.

(REsp 696.284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009)

4.6 Teoria da perda de uma chance

Existe na doutrina e jurisprudência uma grande discussão, na esfera do dano patrimonial, acerca da possibilidade de indenização advinda da perda de uma chance.

A perda de uma chance ou da oportunidade, como é também conhecida, é o dano que decorre a frustração de uma esperança, da perda de uma probabilidade. Neste dano coexistem um elemento certeza e um elemento incerteza.

Sílvia Mota⁶ nos esclarece o que seriam esses elementos afirmando que

⁶ MOTA, Sílvia. Perda de chance no direito brasileiro: implicações jurídicas nas relações médicas. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/artigosbiobio/perdadechancenodirbras.htm> . Acesso em: 13 abr. 2012.

O elemento de certeza parte do pensamento de que por não haver transcorrido o evento danoso o prejudicado manteria a esperança de, no futuro, obter lucro ou evitar uma perda patrimonial. De outro lado, o elemento da incerteza se impõe, porque por não se haver produzido tal evento prejudicial e mantido a chance (ou oportunidade), não se teria certeza da obtenção do lucro ou se a perda teria sido evitada.

A chance perdida deve repousar sobre uma possibilidade real e séria, devendo-se demonstrar que seria verossímil que a chance poderia se concretizar. Assim sendo, nessa teoria o que se indeniza na realidade é a chance, a oportunidade subtraída da vítima, não o prejuízo final. Por isso, a reparação é sempre parcial.

No Brasil, tal instituto já vem sendo aplicado, conforme jurisprudência muito recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷ (TJRS):

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RETARDAMENTO DE CIRURGIA CESÁREA. SOFRIMENTO FETAL AGUDO. MORTE DO INFANTE POR INFECÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO NÓSOCÔMIO. OCORRÊNCIA. É cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. Hipótese em que restou assente nos autos, mormente no laudo pericial, a falha na prestação de serviço por parte do nosocômio demandado, consistente na demora de oito horas e meia entre a constatação do sofrimento fatal agudo e a cesárea realizada na autora, o que reduziu as chances de recuperação da infecção generalizada sofrida pelo infante, patologia que provocou o óbito deste. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Reconhecimento do dever de indenizar do hospital mantido. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70045428323, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 18/11/2011)

Tal matéria é instigante no âmbito da responsabilidade médica, mas deve ser manejada com cautela, uma vez que representa um agravamento no estatuto da culpa. Entretanto, poderá ser, em determinados casos, uma solução justa para contrabalançar o dano sofrido pela vítima.

4.7 Seguro médico

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos infringentes nº 70045428323. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 18 de novembro de 2011.

Existem, atualmente no Brasil, os chamados seguros de responsabilidade civil dos médicos e dos estabelecimentos hospitalares que se utilizam de apólices apropriadas para cobrir eventuais despesas decorrentes de procedimento médico que venha a causar dano a um paciente.

Assim, ao que parece, é uma preocupação constante dos profissionais da saúde com os danos que eventualmente venham a causar, pois como errar é próprio do ser humano, e o facultativo não pode fugir a tal condição, é de se esperar que, havendo o mencionado erro, haja a possibilidade de ele estar garantido pela cobertura da despesa que tenha a reparar pelo dano cometido.

É corriqueiro a imprensa conferir amplo destaque a casos de erro médico. Por este fato, os profissionais tendem a adotar essa modalidade de seguro, a fim de garantir que, caso venha a cometer alguma eventual falha, esteja seu patrimônio segurado. O que ocorre, então, é que pode acontecer um relaxamento do médico ou, até quem sabe do próprio hospital, no tratamento de um paciente, uma vez que eles estão segurados contra futuras ações civis de ressarcimento pelos danos.

Dessa forma, Genival Veloso (2003, p. 226 e 227 *apud* Kfoury Neto, 2007, p. 30) aponta as desvantagens e vantagens do seguro de responsabilidade civil do médico:

Desvantagens: 1. Interfere negativamente na relação médico-paciente; 2. Estimula os processos contra os médicos; 3. eleva os custos dos serviços médicos; 4. pode facilitar o erro médico; 5. facilita a indústria das indenizações; 6. fornece uma proteção aparente para o profissional; 7. cria um cenário cativo para o médico. Vantagens: 1. melhor modalidade de liquidação do dano; 2. melhor condição de liberdade e segurança no trabalho; 3. assegura o equilíbrio social e a ordem pública; 4. melhor forma de justiça social; 5. melhor forma de previdência propriamente dita; 6. livra paciente e médico de processos penosos e demorados; 7. evita explorações, ruínas, injustiças e iniquidades; 8. independe da situação econômica do causador do dano; 9. corrige o aviltamento patrimonial da vítima; 10. contribui com o *superavit* do sistema em programas de prevenção de dano; 11. estimula a solidariedade social; 12. tem falhas mas tem maior números de benefícios e vantagens; 13. corrige o fato de o paciente ser totalmente esquecido e o médico falsamente lembrado.

Por fim, temos que a disseminação do seguro de responsabilidade civil do médico é algo inerente à modernidade do instituto, tendo em vista que a tendência é a incorporação das teorias da carga probatória dinâmica e da

perda de uma chance, as quais remeterão aos profissionais médicos uma obrigação quase que de resultado.

5 CONCLUSÕES

À luz do exposto, pode-se concluir o seguinte:

1 - O Brasil evoluiu significativamente naquilo que diz respeito à responsabilização decorrente de dano, pois, durante um longo período de nossa história, a responsabilidade civil não se diferenciava da penal. Entretanto, hoje elas são de ramos diferentes.

2 - É sacramentado no ordenamento jurídico que aquele que causar dano a outrem tem o dever de indenizar, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil.

3 - Sendo tais pressupostos a ação ou omissão, o dano causado pelo agente e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

4 - A doutrina classifica a responsabilidade civil em várias espécies, sendo as mais comuns: contratual e extracontratual, direta e indireta, e, por fim, a subjetiva e a objetiva.

5 - As excludentes de responsabilidade são os fatos que, caso ocorram, impendem que o nexo de causalidade se estabeleça entre a conduta e o dano, afastando, por assim dizer, o dever de indenizar do agente que causou o resultado indesejado.

6 - Tais excludentes, são a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito, a força maior e, na esfera contratual, pode-se acrescentar ainda a cláusula de não indenizar.

7 - A cláusula de não indenizar não é válida no contrato médico, uma vez que impede a parte lesada de buscar uma reparação a um dano cometido por um profissional da área médica. Caso a cláusula de não indenizar venha a ser pactuada, deverá o magistrado declará-la nula de pleno direito.

8 - A natureza jurídica da responsabilidade médica já foi a razão de muitos debates em torno do tema, entretanto atualmente encontra-se pacificada que é de natureza contratual, não obstante a sua colocação entre os atos ilícitos.

9 - O erro médico caracteriza-se como uma falha no exercício da profissão que tenha causado algum tipo de resultado negativo ao paciente.

Sendo assim, consiste em um resultado adverso do esculápio por inobservância de conduta técnica.

10 - Nem todo mau resultado pode ser considerado um erro médico, uma vez que temos de observar as características próprias de cada caso.

11 - Hodiernamente, a natureza da obrigação da prestação dos serviços médicos é considerada como de meio, já que o profissional obriga-se a agir com diligência e prudência na prestação do serviço, a fim de atingir o resultado almejado, mas sem garanti-lo.

12 - Apenas em casos excepcionais, a obrigação do profissional passa a ser de resultado, ou seja, o médico tem a obrigação de alcançar um resultado específico. Caso não cumpra o avençado, ocorrerá o inadimplemento obrigacional.

13 - Nas discussões judiciais em que o profissional da área médica figura no pólo passivo da relação processual, a culpa não pode ser presumida apenas pelo fato de o facultativo não ter conquistado o sucesso perquirido. Deve-se provar em juízo que o esculápio não agiu com a diligência devida.

14 - Em demandas médicas, o principal meio probatório é a prova pericial na vítima, a fim de possibilitar um maior embasamento ao magistrado que irá sentenciar a causa.

15 - O ônus da prova segue o tradicional modelo colocado em prática pelo Código de Processo Civil, ou seja, cabe ao autor a prova do fato constitutivo do alegado, enquanto que ao réu cabe a prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos. Entretanto, paulatinamente, vem sendo implementada no Brasil a teoria da carga probatória dinâmica que busca a flexibilização desse modelo tradicional.

16 - A inversão do ônus da prova pode ser utilizada nas demandas em que sejam aplicadas as regras procedimentais do CDC.

17 - A responsabilidade do médico é subjetiva, ou seja, é imprescindível a comprovação da culpa, enquanto que a responsabilidade dos hospitais, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva.

18 - Aos poucos, vem sendo aplicada pelos tribunais a teoria da perda de uma chance que decorre da frustração de uma esperança, ou seja, indeniza-se, de forma parcial, a chance que foi retirada da vítima.

19 - A adesão aos seguros de responsabilidade civil dos médicos e hospitais vem crescendo recentemente de forma significativa, por conta da preocupação constante dos profissionais da saúde com os danos que possam vir a causar.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado; **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/555/Responsabilidade_Civil_do_M%C3%A9dico.pdf.txt?sequence=3 > Acesso em 06 mar. 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em 26 mar. 2012.
- BRASIL. Código de ética médica. Disponível em: < http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122 > Acesso em 02 mai. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jornadas de Direito Civil. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada> > Acesso em 02 mai. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 696.284 – RJ (2004.0144963-1). Relator: Ministro Sidnei Benetti. Brasília, 3 de dezembro de 2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos infringentes nº 70045428323. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 18 de novembro de 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- DIDIER JR, F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4 ed. Salvador: Juspodvm, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- EDUARDO, Vasconcelos dos Santos Dantas. **Aspectos históricos da responsabilidade civil médica**. Disponível em: < http://www.escriitoronline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=3975& > Acesso em: 22 mar. 2012.

GIFONI, J.M.M.; MATOS, F.A.S.; MAIA, P.E.G. **Da responsabilidade por erro médico: aspectos éticos, cíveis e penais**. 1. ed. Fortaleza: Expressão gráfica e editora, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MENDES, Nelson Figueiredo. **Responsabilidade ética, civil e penal do médico**. 1 ed. São Paulo: Sarvier, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito das obrigações – 2ª parte**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTA, Sílvia. **Perda de chance no direito brasileiro: implicações jurídicas nas relações médicas**. Disponível em: < <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/artigosbiobio/perdadechancenodirbras.htm> > Acesso em: 13 abr. 2012.

NICELLY, Alessandra Bohatch. **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/vdisk3/data/Monoresp_civil_medico_Niely.pdf > Acesso em: 20 fev. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PIMENTA, Fátima Coutinho Nascimento Pimenta. **Responsabilidade civil do médico por dano estético**. Disponível em: < <http://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/responsabilidade-civil-do-medico-por-dano-estetico.pdf> > Acesso em: 27 mar. 2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev 1999, a. 88, v 760.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 4. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.