

VANESSA COSTA SOARES

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO  
NO DIAGNÓSTICO**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2012

VANESSA COSTA SOARES

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO  
NO DIAGNÓSTICO**

Monografia apresentado à banca examinadora das  
Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como  
exigência parcial de obtenção do grau Bacharel em  
Direito sob orientação da Professora Alessandra  
Dias Baião.

FIC – CARATINGA

2012

*Tudo que você é e possui, é resultado da  
sua fé e do que você tem dito.*

*Kenneth E. Hagin*

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer a Deus, por iluminar minhas idéias e me dar paciência e discernimento.

A minha família, minha mãe, meu pai e minha irmã pela confiança, pelos recursos, atenção e companheirismo e aos meus amigos Livia e Victor pela amizade de todos os dias.

A minha professora e orientadora Alessandra Baião pela paciência, dedicação, empenho tanto para desenvolver este trabalho e quanto durante as aulas de responsabilidade civil, demonstrando a mim e aos demais alunos a proporcionalidade de seu profissionalismo.

A minhas colegas de trabalho pela ajuda, pelo tempo de disponibilidade para a realização deste meu trabalho.

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo estudar o erro no diagnóstico médico para indagar sobre a possibilidade de este erro ser gerador do dever de indenizar. Assim, essencial é a análise dos pressupostos da responsabilidade de civil, bem como da conduta médica e das legislações referentes à temática. Desta análise resulta a verificação de que alguns autores, como Silvio de Salvo Venosa, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano propõem cautela na análise de casos como este, entendendo que o médico, como ser humano que é, está sujeito a erros compatíveis com a falibilidade humana. De outra sorte, autores como Sérgio Cavalieri Filho, entendem que embora falíveis, a conduta médica deve ser pautada no dever de cuidado e que erros crassos são passíveis de responsabilização. É este o diálogo que propomos travar neste trabalho, a fim de encontrar a melhor argumentação jurídica sobre a temática proposta.

**Palavras chave:** Responsabilidade Civil, erro médico, dever de cuidado, hipossuficiente.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
-------------------------	---

<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS</b> .....	9
--	---

### **CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

1.1 Elementos Constitutivos da Responsabilidade Civil.....	13
1.1.1 A conduta.....	14
1.1.2 O dano.....	16
1.1.3 A culpa.....	20
1.1.4 Nexo Causal.....	21
1.2 Responsabilidade Civil objetiva e subjetiva.....	23
1.2.1 Responsabilidade Objetiva.....	23
1.2.2 Responsabilidade Subjetiva.....	25
1.3 Responsabilidade Civil Contratual e extracontratual.....	26
1.3.1 Responsabilidade Contratual.....	26
1.3.2 Responsabilidade Extracontratual.....	29

### **CAPÍTULO II – DO PROFISSIONAL MÉDICO**

2. 1 A conduta médica segundo o Código de ética médica.....	30
2.2 O erro médico.....	31
2.2.1 Diagnóstico.....	32
2.2.1. Cirurgia plástica.....	33
2.2.1 Anestesia.....	34

### **CAPÍTULO III – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO POR ERRO DIAGNÓSTICO**

3.1 Legislação regulamentadora: Código Civil X Código de defesa do consumidor X Código de ética médica.....	37
3.2 A complexidade da prova da culpa nas ações que envolvem o erro médico diagnóstico.....	40
3.3 Breve análise de decisões proferidas pelo de caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.....	43

**CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 45**

**REFERÊNCIAS ..... 47**

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como tema de estudo a responsabilidade civil do médico, especificamente, no que tange ao erro de diagnóstico com o objetivo de entender se no atual sistema jurídico brasileiro, o erro no diagnóstico médico tem sido compreendido como conduta capaz de gerar o dever de indenizar.

Para tanto, utilizar-se-á como metodologia de trabalho, a pesquisa teórico dogmática, elaborada através de jurisprudências, doutrinas, lei específica e o códigos de ética médica.

Este trabalho justifica-se pela produção de três ganhos importantes para evolução do direito. São eles: ganho social, jurídico e acadêmico.

No primeiro, a relevância jurídica se manifesta a partir dos conflitos na hipótese de subjetividade com inversão do ônus da prova em relação ao erro médico no diagnóstico.

No ganho social a pertinência ao tema para a sociedade encontra respaldada na necessidade de demonstrar a ausência do dever de cuidado do médico em relação ao seu paciente.

Por fim, como ganho pessoal da referida pesquisa, tem-se como ganho a capacitação do pesquisador para aprimoramento do tema.

Neste sentido, a amplificação das políticas educacionais no país garantiu maior acesso das pessoas ao ensino superior, inclusive ao estudo da medicina. Assim, grande demanda por profissionais nesta área em todas as regiões do Brasil, sugere a perspectiva de que cada médico tenha, em certa proporção, muitos pacientes a atender em um curto período de tempo, seja no sistema público de saúde, seja em hospitais, seja em sede de planos de saúde ou em seus consultórios particulares.

Estes indícios levam a questionar se diante da garantia Constitucional à saúde e à elevada demanda por profissionais médicos em todas as regiões do país, seria o erro no diagnóstico médico indenizável à luz dos pressupostos que configuram a responsabilidade civil?

Levanta-se como hipótese de pesquisa a possibilidade de responsabilização civil nos casos de erro de diagnóstico médico sob o argumento de que o médico, embora não assuma o dever de curar seu paciente, assume um dever tratá-lo adequadamente segundo os parâmetros da medicina moderna. Todavia, a questão sobre a configuração dos pressupostos da responsabilidade civil nestes casos, parece passar pela dificuldade

de se provar a culpa do médico ao diagnosticar o paciente. A dificuldade em se provar a negligência médica, por exemplo, para que surja a violação do dever jurídico originário, ou seja, a violação do dever de cuidado, emergindo daí a obrigação de indenizar.

Neste sentido, estão os argumentos jurídicos desenvolvidos por Sérgio Cavalieri Filho ao sustentar que:

[...] O médico é prestador de serviço pelo que não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode consequentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova de culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza do Art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mais também técnica, de sorte que , se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor.”<sup>1</sup>

Por fim, esta monografia será dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo sobre os conceitos gerais da “Responsabilidade Civil”, onde abordarão os elementos constitutivos da responsabilidade civil, a conduta, o dano e o nexo causal, a responsabilidade objetiva e subjetiva, contratual, extracontratual e as teorias aplicáveis.

No segundo capítulo estudaremos a conduta médica, segundo seu código de ética, os erros médicos que muito se vê atualmente, o erro de diagnóstico, em cirurgia plástica e em procedimentos de anestesia.

No terceiro capítulo questionaremos sobre o as leis em conformidade ao tema, destacando em cada uma seu ponto importante em relação ao erro médico. A dificuldade de meios de prova durante a análise dos processos e estudaremos alguns casos para dar maior veracidade ao nosso estudo.

Seguem, por fim, as considerações finais e as referências.

---

<sup>1</sup>CA VALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 410.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A presente pesquisa versa sobre o a inversão do ônus da prova sobre o erro médico de diagnóstico. Nesse contexto importante se faz a conceituação de algumas palavras chave para o melhor entendimento sobre a temática proposta, a saber: Responsabilidade Civil; Dever de Cuidado; Erro Médico; Hipossuficiente.

A responsabilidade civil é o conceito de reparação de dano, quando exercida uma atividade que durante o seu desenvolver gerar dano a outrem ela deve ser reparada. Cada ação que não cumpre o seu dever primário que é obedecer a uma ordem consequentemente respondera pelo dano ocasionado.

O autor Carlos Roberto Gonçalves exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema de responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.<sup>2</sup>

Sílvio Rodrigues complementa, porém já com uma definição comparativa a responsabilidade penal:

No caso de ilícito civil, ao contrário, o interesse diretamente lesado, em vez de ser o interesse público, é o privado. O ato do agente pode não ter infringindo norma de ordem pública; não obstante, como seu procedimento causou dano a alguma pessoa, o causador do dano deve repará-lo. A reação da sociedade é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano. Todavia, como a matéria é de interesse apenas do prejudicado, se este se resignar a sofrer prejuízo e se mantiver inerte, nenhuma consequência advirá para o agente causador do dano.<sup>3</sup>

O autor na verdade identifica a responsabilidade civil por se tratar de interesse privado, a pessoa em si será reparada daquilo que lhe causou prejuízo, a responsabilidade penal, já gera uma prestação de contas à sociedade, é uma quebra de regras, gerando um ato ilícito que consequentemente traz um prejuízo coletivo.

Caio Mario da Silva conceitua baseando no Código Civil Brasileiro:

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p.19.

<sup>3</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p.7

O causador da ofensa ou violação do direito alheio, diz a lei ( Código Civil, art.942), responde com seus bens pela reparação do dano causado. Destaca-se, portanto, em primeiro plano o agente do ato ilícito, o qual está sujeito á indenização, quer se trate de dano de natureza patrimonial, quer de dano moral.<sup>4</sup>

Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho concluem:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto que uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo, de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionado) de acordo com os interesses lesados.<sup>5</sup>

Então, nota-se de maneira simples que a responsabilidade civil é a resposta do dano gerado, é a necessidade de suprir o dano gerado, seja ele, moral, material ou estético.

O médico, que é um profissional da saúde, e tem o dever de zelar pela vida e pelo modo de vida dos pacientes, gerando assim o dever de cuidado como cita Sergio Cavaliere Filho:

O homem tem que pautar a sua conduta de modo a não causar dano a ninguém. Ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de seu atuar não resulte lesão a bens jurídicos alheios.<sup>6</sup>

Caio Mário acrescenta:

Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a cura do doente. Serão, pois civilmente responsabilizados somente quando ficar provado qualquer modalidade de culpa: Imprudência, negligência ou imperícia.<sup>7</sup>

O erro médico, é a não realização do procedimento correto, é o mesmo que equivocarse.

Júlio César Meirelles Gomes e Genival Veloso França em sua obra “Erro Médico”comentam:

---

<sup>4</sup> MARIO, Caio da Silva Pereira. **Instituições do Direito Civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: rev. atual. 2012, p, 541.

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 3.

<sup>6</sup> CAVALIERI FILHO. Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 33.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 257.

Erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica. Capaz de produzir um dano à vida ou a saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência.<sup>8</sup>

O art. 186 do CC determina que para que seja configurado o erro médico deve haver negligência, imprudência ou imperícia<sup>9</sup>, acrescentando também o art. 159 do mesmo código nota-se que a responsabilidade do médico é considerada subjetiva, que depende da presença de culpa no agir do agente causador do dano, no caso, o médico.

No livro de Maria Leonor, ela cita algumas circunstâncias onde haveria responsabilidade do médico:

Se causar dano ao agir sem o consentimento do cliente; se agir com negligência, imprudência ou imperícia, inclusive quanto ao diagnóstico; se descuidar do seu dever de assistência diante de uma emergência, ocorrendo agravamento da moléstia ou ferimento; abandonar o doente no curso do tratamento, de modo intempestivo; se agir contra as indicações da ciência no tratamento ministrado; se descumprir com o seu dever de discricção.<sup>10</sup>

A Hipossuficiência esta formalizada no Código de Defesa do Consumidor<sup>11</sup>, em seu art.6º inciso VIII, fica de forma clara e expresso que, uma vez que houver relação de consumo, e houver dificuldade de provar o dano ocasionado, devera existir a inversão do ônus da prova, ou seja, uma vez existindo o ato danoso pelo prestador do serviço, o mesmo é quem deverá provar que usou de todos os meios cabíveis para fornecer o melhor serviço.

Para Alexandre Fernandes Dantas:

É hipossuficiente na terminologia jurídica indica condições técnicas inferiores ou desfavoráveis para o consumidor provar suas alegações iniciais - seus direitos do CDC - em face do fornecedor, melhor provido de meios probatórios. Assim, cabe ao fornecedor demonstrar a ocorrência de uma das causas de exclusão de responsabilidade. A hipossuficiência técnica no processo consumerista é que leva à inversão do ônus da prova.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso, **Erro Médico: Um enfoque sobre sua Origem e Consequências**. Montes Claros: Unimontes. 1999, p. 25.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidente da República - Casa Civil - Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 09/11/2012

<sup>10</sup> KUHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade Civil**. ed. Manole. 2002, pag. 82.

<sup>11</sup> Art.6º 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;

<sup>12</sup> DANTAS, Alexandre Fernandes. Dicionário informal. Disponível em:

Em caso verifica-se a hipossuficiência em uma relação de consumo, haverá então a inversão do ônus da prova, fazendo com que a parte mais forte que deverá provar o que foi feito para que não houvesse o fato danoso.

Consuelo Tanques destaca sobre a hipossuficiência:

A ideia de hipossuficiência esta ligada ao acesso à informação, pois, muitas vezes, apenas o fornecedor de produtos ou serviços é quem tem conhecimento e dispõe da respectiva prova. Sendo, portanto, detentor desde conhecimento, tem o ônus de produzi-la, suportando as consequências de sua omissão.<sup>13</sup>

Enfim, os conceitos acima apresentados serão de grande valia para compreensão dos capítulos que a seguir se desenvolverá.

## **CAPITULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Neste capítulo abordar-se-á a responsabilidade civil em suas generalidades, a começar por seus elementos constitutivos, também entendidos como pressupostos.

Assim, analisar-se-á a conduta humana e suas características, ora estudando os elementos que a exteriorizam ora abordando sua forma mais genérica que seria a análise das diversas formas de risco.

Esta conduta humana descuidada ou que viola a norma jurídica posta pode causar um dano a outrem emergindo daí o dever de indenizar como forma de garantir a reparação do dano e fazer valer a função deste instituto, qual seja, o restabelecimento do status anterior à lesão.

Todavia, sem que haja conexão entre o agente causador do dano e o dano, propriamente dito, não há que se falar em indenização. Neste sentido, abordar-se-á as teorias sobre o nexo de causalidade para entender qual delas a atual codificação civil aplica.

Após este estudo, far-se-á uma abordagem sobre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, conceituando-as, diferenciando-as e trazendo a baila suas consequências jurídicas.

Por fim, abordar-se-á as responsabilidades contratual e extracontratual ou aquiliana, no intuito de construir os argumentos finais que levarão a compreensão da linha de defesa deste trabalho.

### **1.1 - ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Atualmente alguns doutrinadores, como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, entendem que há quatro elementos que constituem esta responsabilidade, são eles: a conduta, a culpa, o dano e o nexo causal. Todavia, em entendimento contrário, está Sérgio Cavalieri Filho, no sentido que a culpa é elemento constitutivo da conduta, sendo apenas três os elementos constitutivos da responsabilidade civil<sup>14</sup>, os quais aborda-se a seguir. A saber: a conduta, o dano e o nexo causal.

---

<sup>14</sup> CA VALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas.2012. Sentido geral da obra.

### 1.1.1 - A Conduta

Toda a pessoa tem um dever jurídico originário, que é preservar e respeitar as normas, uma vez que esta norma é violada por uma conduta, ou um ato comissivo ou omissivo, deverá o mesmo ser responsabilizado pelo dano.

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil, ou seja, a conduta humana inicia toda a responsabilidade. O primeiro o ato comissivo ocorre quando o agente não se abstém de uma conduta vedada por lei ou pactuada em contrato, como no exemplo de uma inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, que pode gerar dano moral e material. Já o ato omissivo é a conduta inerte daquele apto a evitar um dano ou obrigado por ato negocial a agir, estando previsto no artigo 186 do Código Civil de 2002.<sup>15</sup>

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.<sup>16</sup>

Ação ou omissão é a conduta ou ato humano, seja ela ilícita ou lícita. É lícita quando está dentro das normas do ordenamento jurídico, e ilícito é quando viola estes deveres jurídicos, causando prejuízos a alguém. O ato ilícito é um comportamento voluntário que tem como consequência um dever.

O ato comissivo é a prática de um ato que não deveria ser praticado, e a omissão é não observar ou observar e não agir diante de ato que deveria realizar-se.

O ato será voluntário e objetivamente imputável, se o agente quando pratica o ato lesivo possui consciência e vontade, consideradas as condições da pessoa.

Neste sentido, coloca Maria Helena Diniz que:

Assim, são imputáveis a uma pessoa todos os atos por ela praticados, livre e consciente. Portanto, ter-se-á imputabilidade, quando ato advier de uma vontade livre e capaz. Para que haja imputabilidade é essencial a capacidade de entendimento e de autodeterminação do agente.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Art. 186 Aquele que por ação ou omissão, voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Saraiva 2006, p. 43,44.

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. ed. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2003, p.46

Com isso, nota-se que a conduta que cria uma responsabilidade, ela não precisa necessariamente ter a intenção de originar algum mal, ela apenas sabe do risco, porém, ela se expõe a este risco.

Ao se falar em conduta, é de relevância lembrar que, em caso de se detectar culpa durante a ação deverá ser destacadois tens de suma importância para a reparação do dano. Primeiro se a pessoa que o cometeu possui responsabilidade civil objetiva ou subjetiva. Na primeira será necessária, para sua reparação, a verificação de culpa e na segunda, a teoria do risco, ou seja, apenas a ligação da conduta com o fato danoso.

A responsabilidade subjetiva que é na maioria das vezes adotada pela atual legislação compreende três elementos: a negligência, a imprudência e a imperícia, elementos que quando uma ação é mal executada por uma pessoa ou um profissional compromete o bem estar da pessoa, gerando um dano moral, material ou estético.

Neste sentido, a conduta negligente pode ser entendida como a falta de observância do dever de cuidado, por omissão. Tal ocorre, exemplo por quando um motorista causa grave acidente por não haver consertado a sua lanterna traseira, por desídia. A imprudência se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. O sujeito, pois, atua contra as regras básicas da cautela, caso do indivíduo que manda o seu filho menor alimentar um cão de guarda, expondo-o ao perigo. Por imprudência Pablo StolzeGagliano e Rodolfo Pamplona Filho entende por fim que a imperícia decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica para. É o que acontece quando há o erro em uma cirurgia em que não se empregou corretamente a técnica de incisão ou quando o advogado deixa de interpor recurso que possibilitaria segundo a jurisprudência dominante conhecimento da pretensão do seu cliente.<sup>18</sup>

Por todo exposto, conclui-se que a conduta é o início de todo o dever jurídico, pois se a pessoa não seguir as normas positivadas, normas de conduta social, como consequência respondera civilmente por qualquer dano gerado.

---

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 178 e 179.

### 1.1.2 – O Dano

O dano é o prejuízo moral, material ou estético sofrido individualmente ou por um grupo de pessoas.

As pessoas podem passar por algumas situações que não lhes geram nenhuma perda material, porém, em algum momento podem se sentir ofendidas seja por ações, palavras e condutas. Desta maneira constitui o dano moral, um dano àquilo que não se paga, que não tem preço, que não se pode substituir.

Em nossa pesquisa enseja três tipos de danos importantes: o dano material, moral e estético.

Assim, há três tipos de danos considerados mais corriqueiros pela doutrina civilista: o dano material, moral e estético.

É de suma importância este pressuposto para a verificação da responsabilidade, pois é o resultado do não cumprimento da conduta legal e social.

Após a mudança do Código Civil Brasileiro no ano de 2002, o art. 186 manteve sua estrutura diplomática anterior, diferenciou-se do Art. 159 do mesmo código ao modificar a alternativa “ou” pelo adjetivo “e”.<sup>19</sup>

Art. 159, CC de 1916: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, “ou” causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*<sup>20</sup>

Art. 186, CC de 2002: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência e imprudência, violar direito “e” causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*<sup>21</sup>

Ao introduzir a partícula aditiva “e”, deixou mais do que claro a sua vontade, ou seja, somente comete ato ilícito e fica obrigado a indenizar o sujeito que ocasionar o dano, seja ele moral, material ou estético, pois não teria significado arcar com um dano que não se cometeu.<sup>22</sup>

*O profissional é a soma de ações, atribuições, encargos, ou serviços desempenhados pela pessoa. O dano para este mesmo profissional é o equívoco de*

---

<sup>19</sup> VENOSA, Silvo de Salva. **Direito Civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 3

<sup>20</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidente da República - Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 09/11/2012

<sup>21</sup> *Idem*

<sup>22</sup> Rodrigo Takatsungu Silva Seki. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: [www.juriway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1204](http://www.juriway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1204) Acesso em 01/10/2012

*algum ponto importantante que dexou de se fazer*<sup>23</sup>. Como exemplo um advogado que perde um prazo, um dentista que anestesia de forma indevida, ou mesmo um médico que erra um diagnóstico.

O Superior Tribunal de Justiça tem assegurado a pacientes lesados por erros médicos três tipos de indenizações. Os danos materiais referem-se ao que o paciente gastou no tratamento ineficiente e ao que eventualmente deixou de ganhar por conta do erro médico (dias de trabalho perdidos, por exemplo). Assegura-se, também, o direito de receber os danos morais, valor para compensar a dor moral a que foi submetido (como ocorre com a supressão indevida de um órgão). Por fim, o paciente pode receber por danos estéticos, isto é, o prejuízo causado à sua aparência, como nas hipóteses em que o erro causou cicatrizes e outras deformidades. As indenizações são cumuláveis.<sup>24</sup>

O dano moral leva em consideração a dor psíquica ou mais propriamente o desconforto comportamental. O código civil comenta sobre dano moral “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.*”<sup>25</sup>

Diante das palavras Sergio Cavalieri Filho destaca sobre o posicionamento atual:

Estamos nessa fase quando entrou em vigor a Constituição de 1988, e esta, em pelo menos dois incisos do seu art. 5º ( incisos V e X )<sup>26</sup>, é expressa em admitir a reparabilidade do dano moral. Da mesma forma o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ( Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), em seu art. 6º, VI e VII<sup>27</sup>. Desde então, tornou-se indiscutível a cumulabilidade do dano moral com o material, o que acabou por ser reconhecido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça ao formular a Súmula

---

<sup>23</sup>GA GLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 257.

<sup>24</sup>STJ. Processos por erro médico no STJ aumentaram 200% em seis anos. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.te xto=89920](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.te xto=89920). Acesso em 11/11/2012

<sup>25</sup>BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidente da República -Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 1916. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 03/11/2012

<sup>26</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes.

V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou á imagem.

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>27</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - A efetiva reparação e prevenção de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

37<sup>28</sup>, que diz: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”.<sup>29</sup>

## Introduz Sergio Cavalieri Filho

Neste particular, há conceitos para todos os gostos. Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação, enfim, dor da alma.<sup>30</sup>

### Sergio Cavalieri complementa:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, o vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora de órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenização pelos mais triviais aborrecimentos.<sup>31</sup>

Atualmente o dano não se apresenta como prejuízos a bens visíveis, palpáveis. O ânimo psíquico, intelectual, moral, honra, intimidade, imagem, liberdade sexual da pessoa também é considerado. Em determinadas situações, o lesado se sente ofendido, como se seu direito como pessoa fosse retirado ou quebrado.

Neste sentido, várias jurisprudências que demonstram que por muitas vezes o mau uso das palavras e comportamentos geram o desconforto social das pessoas, e como forma de ser ressarcido daquela situação constrangedora ocorre à busca de ter seu direito reconhecido. Enfim, dano moral pode ser entendido como lesão a direitos da personalidade.

---

<sup>28</sup> Súmula n° 37 do STJ – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

<sup>29</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p.92.

<sup>30</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p.88

<sup>31</sup> *Idem*, p. 93.

O dano material é todo um patrimônio adquirido por alguém, são as reais necessidades de uma pessoa, como exemplo uma casa, um carro, um televisor, uma obra de arte exclusiva, pode ser um bem fungível ou infungível, desde que seja palpável e visível.

O dano material é quando refere-se ao patrimônio da vítima, um bem visivelmente palpável. O dano patrimonial vem a 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.<sup>32</sup>

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho comentam que *o dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo.*<sup>33</sup>

Podemos dizer que o dano estético é toda alteração física sofrida por uma pessoa, podem ocorrer durante alguns procedimentos falhas em que gera dano a uma pessoa, como exemplo em caso de uma cirurgia estética, uma queimadura na pele durante um procedimento estético, um acidente culposo que tem como consequência a perda de um membro.

Maria Helena Diniz Conceitua:

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um enfeiteamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.<sup>34</sup>

Um exemplo deste dano estético é o caso das cirurgias plásticas, que possuem a finalidade de corrigir ou aperfeiçoar alguma parte física do paciente, e por ato indevido o resultado proposto não ocorre, ou durante algum procedimento cirúrgico ou tratamento incorreto ocorre a perda, lesão ou deformidade de algum membro da pessoa.

Sergio Cavalieri Filho descreve o dano estético:

Inicialmente ligado às deformidades físicas que provocam aleijão e repugnância, aos poucos se passou a admitir o dano estético também nos casos de marcas e outros defeitos físicos quem causem à vítima desgosto ou

---

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 21 ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p 66.

<sup>33</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 40.

<sup>34</sup> DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva 2009, p.82.

complexo de inferioridade, como por exemplo, cicatriz no rosto da atriz, manequim ou ator.<sup>35</sup>

Geralmente este dano estético gera dano moral a pessoa, pois também se tornaria uma situação constrangedora. Temos vários exemplos de dano estético como uma cirurgia plástica má realizada, uma cicatriz, ausência de membros, uma lesão visível.

Enfim, a ação humana pode gerar tanto um dano material como a perda ou inutilização de algum patrimônio, quanto dano moral, que abala o psíquico da pessoa ofendida, além de um dano estético, que é a alteração morfológica e física de uma pessoa.

### 1.1.3 – A Culpa

A culpa o elemento anímico da conduta humana, ou seja, a maneira como o homem se comporta segundo suas intenções, pode ou não causar dano a outrem.

Conceitua Sergio Cavalieri Filho:

Por tudo que se foi dito, pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.<sup>36</sup>

A culpa abrange a negligência, imprudência e imperícia, conforme determina o art. 186 do Código Civil<sup>37</sup>.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

A culpa *stricto sensu* ou aquiliana abrange a imprudência, a negligência e a imperícia. Imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. E imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.<sup>38</sup>

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

---

<sup>35</sup>CA VALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 113.

<sup>36</sup>CA VALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 36.

<sup>37</sup>Art. 186Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>38</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.317.

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência.<sup>39</sup>

### Maria Helena Diniz conceitua os elementos da culpa

A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.<sup>40</sup>

Então no efeito médico-paciente diz-se que, a negligência é quando o profissional não faz o que deveria ter feito, não utiliza de todos os meios permitidos, como no erro em diagnóstico por falta de dados disponíveis, imprudência é quando ela faz o que não deveria ter feito, é o caso como exemplo de um procedimento cirúrgico sem consentimento do paciente, e imperícia é quando não se utiliza as técnicas corretas, ou seja, um médico não especializado na área se disponibilizar como tal.

#### 1.1.4 – Nexo Causa

O nexos de causalidade é a ligação direta e imediata entre conduta e o dano, para que haja a obrigação de reparar, não basta a prática de um ato ilícito ou ainda a ocorrência de um evento danoso, mas que entre estes exista a necessária relação de causa e efeito, um laço em que o ato ilícito seja a causa do dano e que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado daquele.

Para Venosa:

O conceito de nexos causal, nexos de causalidade, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mais nunca dispensa o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal

---

<sup>39</sup>DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24 ed. São Paulo, 2010 p. 42.

<sup>40</sup>DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p 41.

que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito.<sup>41</sup>

O nexo de causalidade determina se o resultado surge como consequência natural da conduta perpetrada pelo agente.

Deve existir uma perfeita relação entre a causa que é a ação e o efeito que é o dano.

Silvio Rodrigues explica sobre o liame de causalidade

Para que se possa impor a alguém a obrigação de indenizar o prejuízo experimentado por outrem é mister que haja uma relação de causalidade entre o ato culposo praticado pelo agente e o prejuízo sofrido pela vítima. [...] Sem essa relação de causalidade não se pode conceder a obrigação de indenizar. Ademais é a própria lei que expressamente o exige. Com efeito, dispõe o art. 186 do Código Civil: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, *causar* dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. A obrigação de reparar o dano advém o art. 927 do Código. Portanto, é indispensável a relação de causalidade entre o ato do agente, de seu preposto, da coisa inanimada que tem sob sua guarda e o prejuízo experimentado pela vítima.<sup>42</sup>

Pelas palavras de Silvio Rodrigues conclui-se que a palavra “*causar*” posta no art. 186 refere-se a conduta do autor que traz como consequência o dano, não podendo haver nenhum desligamento entre a ação e o dano. Neste sentido, veículo que trafega em alta velocidade e colide a um outro automóvel, e como consequência a perda total do meio de transporte, notamos que a conduta culposa foi a violação das leis de trânsito pois o motorista se encontrava em alta velocidade e como dano a colisão com outro na mesma rodovia. A conduta (veículo em alta velocidade) e o dano (perda total do outro veículo) estão ligados, pois se o outro motorista não estivesse em alta velocidade o fato não teria ocorrido.

São causas excludentes da responsabilidade civil, por romper com o nexo de causalidade: a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, afastando assim a obrigação do agente de indenizar como consta no Art. 945 do Código Civil de 2002.<sup>43</sup>

Então, conclui-se que para que haja a responsabilidade civil, a conduta dever estar em perfeita ligação ao dano. Um exemplo de uma pessoa se joga afrente de um

---

<sup>41</sup> VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil**. 7ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 45

<sup>42</sup> RODRIGUES, Silvo. **Responsabilidade Civil**. 20ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 163.

<sup>43</sup> Art. 945 Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa em confronto com o autor do dano.

caminhão em via pública, houve um dano, porém não por culpa do motorista do caminhão, pois ele estava de acordo com as regras de trânsito.

## 1.2 – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

Deve haver o dano com pressupostos para que haja o dever indenizar. Isso ocorre porque o indivíduo não cumpre viola da norma ou seu dever de cuidado. Na ausência de um desses pressupostos não haverá a obrigação de indenizar.

Na idéia de Orlando Gomes as duas espécies de responsabilidade têm pontos comuns, como a obrigação de indenizar e a solução dos problemas da culpa, da causalidade, da extensão do dano e dos modos de repará-lo. Distinguem-se, todavia, quanto ao ônus da prova e as cláusulas de não indenizar.<sup>44</sup>

Assim, abordagens sobre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva visam verificar a diferença entre elas quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, bem como as consequências jurídicas que cada uma delas enseja.

### 1.2.1 – Responsabilidade Objetiva

A Responsabilidade Civil objetiva é também conhecida como Teoria do Risco ou teoria da presunção de culpa. Para que se consolide é necessário apenas que seja provado que daquela conduta emergiu o dano.

Sílvio de Salva Venosa descreve que *a responsabilidade objetiva prescinde da culpa, cabendo a vítima apenas a prova do dano e o laço causal entre a atividade do agente e a ofensa sofrida.*<sup>45</sup>

A teoria do risco aparece na história do Direito, portanto, com base no exercício de uma atividade, dentro da idéia de que quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que ela causar, independente de culpa sua ou de seus prepostos. O princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem auferir os benefícios de uma situação deve também suportar os incômodos. O exercício de uma atividade que possa representar um risco obriga por si só a indenizar os danos causados por ela.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup>GOMES, Orlando, **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro. ed. Forense, p. 85.

<sup>45</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, 6 ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2006, p. 12.

<sup>46</sup>*Ibidem*

Silvio Rodrigues acrescenta:

A teoria do risco é da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através, de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e 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 de ser indenizado por aquele.<sup>47</sup>

Esta teoria independe do dolo ( intenção de agir ) ou culpa ( sem intenção de agir), o agente causador do dano será responsável, deverá responder juridicamente pelo ato comissivo ( ação ou omissão ).

O Art. 927 do Código Civil deixa certo e determinado a responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco ao determinar que

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187<sup>48</sup>), 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.<sup>49</sup>

Em sua obra Fabio Ulhoa Coelho fundamenta sua idéia sobre a responsabilidade Civil Objetiva:

O fundamento da responsabilidade objetiva, isto é, da imputação da obrigação de indenizar danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido, é a socialização de custos. Todo sujeito de direito que se encontra numa posição econômica que lhe permita socializar os custos de sua atividade entre os que são atendidos por ela podem e devem ser objetivamente responsabilizados.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 11

<sup>48</sup> Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

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

<sup>49</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidente da República - Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 11/11/2012.

<sup>50</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito civil**. Obrigações: Responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 276.

Sívlio de Salva Venosa ressaltou em simples palavras que quem, com sua atividade ou meios utilizado, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta.<sup>51</sup>

Silvio Rodrigues comenta

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.<sup>52</sup>

Como exemplo comum tem os pais em relação aos seus filhos, incapazes, ao hospital em relação aos seus pacientes, eles, possuem diante de qualquer situação a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco.

Nota-se que a responsabilidade é decorrente do risco criado pela atividade e não da culpa.

### 1.2.2. Responsabilidade Civil Subjetiva

Haverá a responsabilidade civil subjetiva quando houver a necessidade de provar a culpa que ocasionou o dano

Silvio Rodrigues inicia este estudo

Realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva quando baseada na teoria do risco. Dentro da concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente. De modo que a prova da culpa do agente causador é indispensável para que surja o dever de indenizar.<sup>53</sup>

Cavaliere Filho explica:

A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> VENOSA, Sívlio de Salvo, **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 108.

<sup>52</sup> RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva. p. 11

<sup>53</sup> RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 11

<sup>54</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 17.

Por ser subjetiva o agente que sofreu o dano deverá provar que durante o contato com o agente causador o mesmo agiu com imprudência, a negligência e a imperícia. *Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna.*<sup>55</sup>

No caso do profissional médico, referenciado neste estudo, consta no art. 14 § 4º do CDC<sup>56</sup> que, para que ocorra o dever de reparar o dano deverá antes ser verificada a culpa do agente, ou seja, a responsabilidade será subjetiva, porém, provada.

O médico, que é um profissional da saúde, e tem o dever de zelar pela vida e pelo modo de vida dos pacientes, gera assim o dever de cuidado.

Como cita Sergio Cavaliere Filho.

O homem tem que pautar a sua conduta de modo a não causar dano a ninguém. Ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de seu atuar não resulte lesão a bens jurídicos alheios.<sup>57</sup>

Então para que ocorra a responsabilidade civil subjetiva deverá ser provada a culpa, e como fundamento os elementos para a constatação da culpa, negligência, imprudência e imperícia.

### **1.3 – Responsabilidade Contratual e Extracontratual**

A responsabilidade tem origem com o descumprimento do contrato, que pode ser um negócio jurídico bilateral, ou unilateral.

Basta que seja provado o inadimplemento da obrigação. Neste caso caberá ao devedor provar o inadimplemento, ou o descumprimento do que foi estabelecido, e a existência da sua culpa ou presença de excludente do dever de indenizar.

---

<sup>55</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>56</sup> Art. 14 § 4º A responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa.

<sup>57</sup> *Idem*, p.33.

Como todo negócio jurídico, o contrato estabelece um vínculo jurídico que vem da própria vontade das partes, criando desta forma uma obrigação entre os contratantes. Com exceção em caso de força maior ou caso fortuito.

### 1.3.1- Responsabilidade Contratual

A responsabilidade contratual baseia-se na obrigação de resultado, em caso da não execução do objeto do contrato, haverá a presunção da culpa.

No caso dos médicos em relação aos seus pacientes, que enseja a nossa pesquisa, quando for contratual, ou seja, será obrigação de resultado, em caso de descumprimento o mesmo deverá reparar o dano, um exemplo é o médico cirurgião plástico.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho têm a ideia *de que partindo do pressuposto de que o sujeito realiza atividade e, decorrência de sua atuação profissional, estaremos, sempre, em regra, no campo da responsabilidade civil contratual.*<sup>58</sup>

José de Aguiar Dias apud Silvio de Salvo Venosa

Entende que a responsabilidade médica é de natureza contratual, sem qualquer dúvida, mas acaba por concluir que as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado; a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial. Ora, se é escusável a confusão entre as duas modalidades de responsabilidade no tocante aos médicos, venial como diz o autor, é porque tal responsabilidade situa-se ora num campo ora noutro.<sup>59</sup>

Quando um médico é procurado por um paciente, ou cliente, ocorrerá entre ambos um vínculo contratual, considerado quase sempre tácito, nem sempre haverá documento que prove a vinculação entre as partes, porém, existindo provas testemunhais e demais elementos probatórios poderá ser provado o contrato vinculado.

Silvio de Salvo Venosa esclarece:

Também na atividade médica, a exemplo de outras profissões liberais, pode haver nitidamente um contrato, ainda que tácito. O contrato entre médico e paciente é singular, pois exige a colaboração direta ou indireta do paciente

---

<sup>58</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012, p.258.

<sup>59</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo, ed. ATLAS. 2004, p. 134.

para que ocorra. O paciente é co-partícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica.<sup>60</sup>

Nota-se que na obrigação médico e paciente, não há necessariamente que um contrato seja formal, desde que o vínculo exista. Para Sergio Cavalieri Filho, se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo.<sup>61</sup>

Venosa complementa:

Também na atividade médica, a exemplo de outras profissões liberais, pode haver nitidamente um contrato, ainda que tácito. O contrato entre médico e paciente é singular, pois exige a colaboração direta ou indireta do paciente para que ocorra. O paciente é co-partícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica.<sup>62</sup>

Nota-se que na obrigação médico e paciente, não há necessariamente que um contrato seja formal, desde que o vínculo exista. Para Sergio Cavalieri Filho, *se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo.*<sup>63</sup>

Venosa complementa:

Daí percebemos que, quando o paciente contrata com o médico uma consulta, tratamento, terapia ou cirurgia, o negócio jurídico é nitidamente contratual, oneroso e cumulativo. Não se tratando de cirurgia plástica estética, como veremos, a responsabilidade contraída pelo médico, quer no contrato, quer fora dele, é de meio e não de resultado.<sup>64</sup>

Entretanto Venosa deixa em questão que não é sempre que será considerada contratual.

---

<sup>60</sup> VENOSA, Sívio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: ATLAS. 2004, p. 134.

<sup>61</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 16 e 17.

<sup>62</sup> VENOSA, Sívio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo, 7 ed. ATLAS. 2007, p. 128.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 16 e 17.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 115.

Resulta que nas hipóteses nas quais a existência do contrato entre médico e paciente não fica muito clara, como quando um médico assiste transeunte em via pública, ou socorre um vizinho acometido de mal súbito, torna-se muito difícil aferir a falta do médico sob o prisma contratual.<sup>65</sup>

A responsabilidade civil médica é considerada contratual ainda que tácito, pois há uma relação de prestação de serviço, porém, como comenta Venosa, em algumas exceções não chega a ocorrer um contrato, como exemplo, se uma pessoa passar mal em algum ambiente que não seja em seu local de trabalho o médico poderá socorrê-lo, porém não por escolha do paciente, mais pela situação encontrada.

### 1.3.2- Responsabilidade Extracontratual

A responsabilidade extracontratual é o não cumprimento de deveres e normas existentes para melhor convívio social.

Orlando Gomes inicia o pensamento

Em sentido próprio a responsabilidade, que vinha chamado de extracontratual, é tradicionalmente o aspecto mais interessante da teoria dos atos ilícitos, mas a tendência moderna, para alargar o campo das obrigações de indenizar danos sofridos pelas pessoas não ligadas por uma relação jurídica anterior, dilata erroneamente a órbita da responsabilidade delitual propriamente dita, atraindo casos nos quais se entende ser justa imposição legal do dever de reparar o prejuízo, mas em que a eliminação da culpa impossibilita a inclusão entre os atos ilícitos.<sup>66</sup>

Maria Helena Diniz :

A responsabilidade Extracontratual se resulta do inadimplemento normativo, ou seja, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz (Art. 156 CC), da violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito (Art. 159 CC)<sup>67</sup>, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional. A fonte desta inobservância é a lei. É a lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexista

---

<sup>65</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo, ed. ATLAS. 2007, p. 128.

<sup>66</sup> GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro. ed. Forense. 2003, p. 84.

<sup>67</sup> Art.156 Configura-se o estado de perigo quando alguém, premiado da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Art. 159 Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

qualquer relação jurídica. Aqui, ao contrário da contratual, caberá à vítima provar a culpa do agente.<sup>68</sup>

Maria Helena Diniz interpreta que a responsabilidade civil extracontratual, *funda-se da culpa, o lesado deverá demonstrar, para a sua reparação do dano sofrido, que o lesante agiu com imprudência, imperícia ou negligência. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva são modalidades de responsabilidade civil contratual.*<sup>69</sup>

Para que ocorra a responsabilidade extracontratual não é necessário que de fato tenha um contrato formal quebrado, mais o não cumprimento de normas ou deveres jurídicos.

---

<sup>68</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 6 ed.: Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva: 1992, p.567.

<sup>69</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 6 ed.: Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva: 1992, p 527.

## CAPITULO II – DO PROFISSIONAL MÉDICO

Neste capítulo abordaremos especificamente os profissionais médicos. Neste sentido, o dicionário propõe denominar como médico aquele “homem diplomado em medicina, que em geral a exerce”<sup>70</sup>.

Assim, abordar-se-á as condutas médicas previstas no código de ética médica, RESOLUÇÃO CFM Nº1931 de 24 de setembro de 2009<sup>71</sup>, bem como o erro médico em suas diversas acepções previstas na doutrina civilista brasileira, ou seja, o erro de diagnóstico, o erro em caso de cirurgia plástica e o erro em casos de anestesia.

O raciocínio traçado neste capítulo será importante para a compreensão do capítulo III onde se pretende desenvolver os argumentos que sustentam o marco teórico deste trabalho a fim de comprovar a hipótese levantada.

### 2.1 A conduta médica segundo o Código de Ética médica.

Como em qualquer profissão, para o exercício da medicina existem direitos e deveres a serem cumpridos. A conduta médica é regida por um Código de Ética Médico que conta com 118 artigos, estabelecendo desde os seus direitos até a publicidade médica.

De Hipócrates até o século XIX, os médicos consideravam que a causa de algumas doenças eram a impureza do sangue. Com base na difundida teoria dos humores, os males eram vistos como manifestação do humor viciado em certas partes do organismo, principalmente o sangue. Prescreviam, então, como tratamento a sangria. Tirando do doente a maior quantidade possível de sangue ruim, a tendência seria melhora do seu estado de saúde. O procedimento largamente adotado fundava-se em raciocínio lógico sustentado pelas autoridades acadêmicas da área.<sup>72</sup>

Código de Ética onde aborda todas as normas adequadas a serem seguidas por eles, além do juramento feito, o mesmo deve seguir tudo que está determinado neste

---

<sup>70</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1986, p. 332

<sup>71</sup> RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009 (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90) (Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 11/11/2012

<sup>72</sup> COELHO, Fabio Ulhoa, **Curso de Direito civil**. Obrigações: Responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 334.

código de ética, desde seus direitos, responsabilidade, relação com pacientes, até a publicidade médica.

A importância do dever de cuidado e zelo que o médico deve ter com seu paciente, também está previsto no Código de conduta médica. Porém, a conduta médica ainda tem sido muito questionada. Isto acontece muitas vezes por falta de cautela ou mesmo desinteresse da parte do médico podendo ocorrer alguns erros durante um diagnóstico, uma receita de medicamento, um tratamento, uma cirurgia reparadora, um pré-operatório como anestesia, ou mesmo durante um procedimento cirúrgico de rotina.

O Código de Ética médica no seu art. 2º explica: *O alvo de toda atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.*<sup>73</sup>

E o mesmo código, faz saber sobre o descumprir do artigo anterior, art. 32 é vedado ao médico: Deixar de usar todos meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.<sup>74</sup>

Ao regulamentar a conduta médica o Código de ética destes profissionais estabeleceu dois princípios norteadores. São eles o princípio da beneficência e o da não maleficência. O primeiro determina que devemos fazer o bem aos outros, independente de desejá-lo ou não. Já o segundo, é um elemento da beneficência, segundo o qual evita-se causar mal a alguém, ou seja fazer o bem para que não ocorra o mal. Estes princípios se encaixam a conduta médica, pois se o mesmo usar de toda sua cautela, zelo e necessidade de resolução em relação aos questionamentos de um paciente, consequentemente não haverá maleficência, somente nos casos em que realmente o quadro do paciente for irreversível.

## **2.2 O Erro médico:**

Para a compreensão do erro médico adota-se as ideias de Julio Cesar e Meireles Gomes ao entender que o *“erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe*

---

<sup>73</sup>RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009 (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90) (Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 03/09/2012

<sup>74</sup>*Idem*

*uma inobservância técnica. Capaz de produzir um dano á vida ou a saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.*<sup>75</sup>

A partir de este entendimento abordar-se á as formas mais comuns de erro médico.

### **2.2.1. Diagnóstico**

Quando falamos em diagnóstico vem em nossa mente a palavra tratamento.

A cada vez mais a ciência vem aprimorando os nossos procedimentos de análises, e quando se faz uma consulta ao médico com determinado sintomas, o paciente espera que além dos conhecimentos já característico e especializado da profissão o mesmo também solicite exames detalhados do que poderia ser tal diagnóstico.

Encontramos consultórios cheios, porém em diversas situações deparamos com pacientes insatisfeitos, ou por um atendimento sem muita eficácia, ou por falta de zelo, sem inspeção ou sem problema previamente resolvido.

O médico assume a responsabilidade desde o diagnóstico clínico ou laboratorial, pois de inicio decorrerão consequências para o paciente. A identificação errada da moléstia ou a medição inadequada pode causar danos irreversíveis. Os deveres do médico não se resumem ao diagnóstico e a prescrição de medicamentos, mas entende-se mesmo depois da cura do paciente, quando este necessitar de monitoramento<sup>76</sup>

Durante o atendimento médico, o médico tenta de acordo com as queixas do paciente diagnosticar qual seria o problema de questionamento do paciente. O diagnóstico nada mais é do que a descoberta daquilo que se busca tratar, quando se é diagnosticado a pessoa já se prepara para um tratamento correto, com medicamentos corretos, com análises corretas, exames corretos, tudo em prol daquele diagnóstico já pronto.

Ensina Miguel Kfoury Neto:

Não é prioritariamente o erro de diagnóstico que incube ao juiz examinar, mais sim se o médico teve culpa no modo pela qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mais nem sempre ao alcance de todos os

---

<sup>75</sup> GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso, **Erro Médico – Um enfoque sobre Sua Origem e Consequências**. Montes Claros. Unimontes. 1999,p. 25.

<sup>76</sup>VENOSA, Silvo de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 7ed. São Paulo: ATLAS. 2007,p.126.

profissionais – bem como se a doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.<sup>77</sup>

Para Maria Helena Diniz o erro de diagnóstico só se configura por ser grosseiro:

O erro de diagnóstico escusável ante o estado atual da medicina isenta o médico de qualquer responsabilidade, mais, se grosseiro levava o médico a responder por isso. P. ex.: se tomar uma mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe a morte. Ao dar seu diagnóstico, o médico deve agir com prudência e reflexão.<sup>78</sup>

O diagnóstico deve ser analisado de maneira bastante cautelosa, buscando todos os meios atuais para que o mesmo possa ser descoberto, por mais que seja uma doença de difícil reconhecimento deve ser bastante prudente em optar por buscar as melhores informações antes de qualquer parecer incorreto, não se pode prometer ao paciente a cura, entretanto, pode-se utilizar toda ciência disponível.

### 2.2.1. Cirurgia Plástica

O procedimento da cirurgia plásticaestética embelezadora pode ser considerada contratual e obrigação de resultado, pois aquilo que foi determinado deverá ser feito, a cirurgia plástica reparadora no entanto é considerada de meio, pois em muitos casos não tem como chegar a forma anterior ao fato que desencadeou o defeito.

Quando uma paciente busca um médico cirurgião plástico, tem-se a intenção de melhorar algum detalhe físico, com isso o profissional usando dos meios possíveis chegar ao resultado prometido.

Carlos Roberto Gonçalves explica sobre esta responsabilidade:

Quando os cirurgiões plásticos, a situação é outra. A obrigação que se assumem é de resultado. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito a pretensão indenizatória.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup>KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p, 76 e 77.

<sup>78</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p.304.

<sup>79</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5ed. São Paulo Saraiva. 2010, p.262 e 263.

Neste sentido, assim se manifesta a jurisprudência. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume a obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da finalidade, tanto pelo dano material, como pelo dano moral, decorrente de deformidades, salvo prova de força maior ou caso fortuito. (STJ - RE nº 10.536 Rio de Janeiro, Rel. Min. Dias Trindade).<sup>80</sup>

Aguiar Jr, porém não concorda com a idéia de ser responsabilidade civil de resultado:

Ao contrario do que se entende a jurisprudência, ao realizar cirurgia plástica de razões puramente estéticas, o médico assume também obrigação de meio, e não de resultado. A medicina de embelezamento está sujeita aos mesmos limites das demais áreas de especialidade médica.<sup>81</sup>

Na verdade o questionamento de Aguiar Junior é de que qualquer pessoa é suscetível a erro, com isso em decorrência de algum fato durante o procedimento, pode ocasionar um fato danoso.

Venosa acrescenta que pela *regra geral, quando se estabelece um vínculo contratual com o cirurgião plástico para a obtenção de um novo formato de nariz, cova no queixo, lipoaspiração etc., a obrigação será de resultado.*<sup>82</sup>

O autor apesar concordar que é sim uma obrigação de resultado, cita algumas ressalvas.

Há circunstancias estéticas que não podem ser consideradas obrigações de resultado: figura-se a hipótese de médico que é obrigado a realizar essa cirurgia em pronto socorro, em pessoa acidentada, com urgência, a fim de evitar danos irreversíveis. Cabe ao juiz avaliar cada caso concreto<sup>83</sup>

Na verdade o questionamento de Aguiar Junior é de que qualquer pessoa é suscetível a erro, com isso em decorrência de algum fato durante o procedimento, pode ocasionar um fato danos.

---

<sup>80</sup>AQUINO, Leonardo Gomes de. **Interpretação de Regras Testamentárias**. Disponível em: [www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2017](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2017). Acesso em 11/11/2012

<sup>81</sup>AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. rev. dos tribunais. ed. ALPA, Guido.1995, p 40.

<sup>82</sup>VENOSA, Silvo de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 7ed. São Paulo: ATLAS. 2007, pag. 137.

<sup>83</sup>*Ibidem*.

### 2.2.2. Anestesia

A anestesia é utilizada atualmente em procedimentos cirúrgicos em geral, ela é aplicada no paciente e terá o acompanhamento do médico anestesista durante todo o procedimento cirúrgico, durante o ato cirúrgico o médico deve estar sempre informando sobre a respiração, pulso, pressão arterial, pressão venosa central, gases sanguíneos, temperatura, averiguando os elétrodos ligados em função da paciente e principalmente monitorar a droga injetável, a anestesia.

Como a anestesia tem uma finalidade, ou seja, uma obrigação de gerar um resultado, pois sem sua aplicabilidade não poderia haver procedimento cirúrgico, o médico anestesista tem a obrigação de resultado, ou seja, uma vez aplicada a droga, a mesma devera ter seu efeito como programado, caso contrario diversos os fatores de erros poderiam ocorrer.

Sergio Cavalieri Filho comenta:

Assim, a apuração da responsabilidade por erro médico depende do exame do caso concreto. Induvidosamente há responsabilidade autônoma do anestesista quando se cuida de atos praticados no pré ou pós operatório. Porém, dentro da sala de cirurgia, como sucede no caso em exame, aquela se apura consoante a prova realizada nos autos para a verificação da culpa e do grau em que concorreu o agente e se atribuível exclusivamente ao anestesista ou não.<sup>84</sup>

Na verdade a idéia de Cavalieri é que não podemos simplesmente dizer que é obrigação de resultado e pronto, devemos analisar o caso em questão e o que de fato ocorreu durante o procedimento cirúrgico para se determinar o erro.

Temos de examinar se houve culpa concorrente do anestesista e do cirurgião. Na dúvida, devem todos os que participaram da operação responder solidariamente, mormente dentro dos princípios do Código de Defesa do Consumidor. Igualmente deve ser levado em conta se a anestesia foi programada, com o tempo suficiente para o profissional avaliar a situação a ser enfrentada, ou se houve anestesia de urgência, sem tempo para tal. Evidente que haverá uma diversa avaliação de prova, dependendo do caso.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.p. 408.

<sup>85</sup>VENOSA, Silvo de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: ATLAS. 2002, pag.124.

Porém, Venosa afirma e concorda que seja uma obrigação de meio e não de resultado, pois durante o processo cirúrgico podem ocorrer eventos adversos que nem sempre se culpa o ato do anestesista.

Maria Helena Diniz complementa

O médico tem o dever de vigilância não só em relação aos doentes alienados, mais também relativamente aos que, pelo seu estado mórbido, não estejam em condições de se conduzir livremente, podendo até causar dano a si mesmo, ou, ainda em relação aos que se tomaram inconscientes pelo efeito da anestesia.<sup>86</sup>

Maria Helena Diniz ao citar estado mórbido, nos permite dizer que é o mesmo que desacordado, o paciente nesta situação esta em estado de vulnerabilidade, a responsabilidade é de resultado neste caso, pois para que o efeito da cirurgia seja de fato realizado é necessário que este procedimento tenha sido perfeitamente executado.

Entretanto Maria Helena Diniz acrescenta:

Nesta situação do anestesista concorda que o médico não é um ser infalível, mais que faça o exame clínico de acordo com as normas aceitas em sua profissão. O anestesista devera observar algumas normas como, o risco da anestesia nunca deverá ser maior que o da intervenção cirúrgica, isto é, em operações de menor importância não se deve aplicar a anestesia geral; não se deve anestésiar sem anuência do paciente ou de seus familiares; aplicar a anestesia na presença de testemunhas; examinar previamente as condições fisiopsíquicas do enfermo; não se deve proporcionar anestesia a operação ilícita ou fraudulenta; não usar entorpecentes senão nas condições necessárias para aliviar a dor. A violação dessas normas indica imperícia, negligência, imprudência e torpeza.<sup>87</sup>

Jurandir Sebastião apud Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho esclarece:

Não obstante vozes abalizadas de que a atividade do médico anesthesiologista envolve contrato de resultado, caso contrario não seria necessário o ato médico, e ainda, porque esse especialista age com arbitrariedade, entendemos que a natureza jurídica dessas atividade continua sendo apenas de meios, ou seja, de cautelas e de empenho quantos necessários, em cada caso de fato e de acordo com os avanços desse ramo da Ciência Médica, no tempo. A natureza reserva segredos que ainda se conservam fora do alcance a medicina<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 302.

<sup>87</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 304

<sup>88</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 265

Concluimos que na situação de anestesista a responsabilidade é considerada de meio e não de resultado, por cada caso ser diferente do outro em relação a eventos não programados que podem ocorrer durante o procedimento cirúrgico, com isso para que se observe o erro o paciente devesse provar a negligência, a imperícia ou imprudência ocorrida durante o procedimento cirúrgico.

## CAPITULO III – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO POR ERRO DIAGNÓSTICO

O médico é um profissional de extrema importância para o nosso meio social, pois é através dele que podemos tratar a nossa saúde, mantendo a nossa qualidade de vida e desempenharmos nossos papéis de seres humanos.

O erro médico tem sido questionado, pois muito se diz sobre o dever de zelo, cautela, e cuidado que são fatores de suma importância na classe médica.

A começar pela falta de imprudência de alguns em relação ao erro em diagnosticar certos tipos de doenças, que por mais que seja de difícil constatação só a deveriam formar conclusões depois de um grande número de exames específicos a aquele sintoma.

O erro de diagnóstico gera vários fatores negativos para quem o sofreu, um tratamento incorreto, o uso de medicação indevida medicação, perda de um membro, e até mesmo deformidades geradas por tal erro, que pode inclusive agravar mais ainda o caso do paciente. Como comenta Sergio Cavalieri Filho *a perda de uma chance aplicada atividade médica, ficou conhecida como a teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência.*<sup>89</sup>

É o fato de que uma vez dando-se o diagnóstico coerente e correto aos sintomas do paciente, o médico poderá tratar de maneira correta buscando a cura total ou o controle do diagnóstico.

### 3.1. Legislação Regulamentadora: Código Civil x Código de Defesa do Consumidor X Código de ética médica

O médico tem o dever de zelar pela vida do seu paciente, usando da medicina todos os seus recursos atuais.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho comentam sobre a conduta médica:

Ter a vida de um paciente, em suas mãos, esvaiando-se como grão de areia na ampulheta, tendo de dedicar os rumos a serem tomados, antes que seja tarde

---

<sup>89</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p.413.

demais, é uma atribuição para verdadeiros vocacionados, como um sacerdócio estabelecido para o bem da coletividade.<sup>90</sup>

## A responsabilidade Civil do médico é regulada no código civil pelo

Art. 951: *O disposto nos Arts. 948, 949 e 950 aplicam-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.*<sup>91</sup>

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do médico pessoal é subjetiva, deverá ser provada a culpa. Em exceção a cirurgia plástica embelezadora, e o atendimento a locais de contrato como em hospitais e clínicas médicas, onde havendo erro por parte do médico a instituição respondera objetivamente, e uma vez provado a culpa do médico poderá haver o regresso.

O ato ilícito é onde se inicia todo o dever de reparação em caso de erro médico pode ser evidenciado no Código Civil em seu art. 927: *Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*<sup>92</sup>. O ato ilícito será verificado juntamente com o 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*<sup>93</sup>. Neste caso haverá a obrigação de reparar do profissional.

O Artigo 14 § 4º do CDC explica: *A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*<sup>94</sup>

Para que o profissional liberal responda por determinada conduta, deverá ser provado que durante o procedimento de atendimento o mesmo tenha sido, negligente, imprudente ou imperito.

---

<sup>90</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 267.

<sup>91</sup>BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidente da República -Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 10/11/2012.

<sup>92</sup>*Idem*

<sup>93</sup>*Ibidem*

<sup>94</sup>BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Presidente da República -Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília.1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em 03/10/2012

É claro que todos os pressupostos para a caracterização do dano deveram estar interligados, pois, sem o dano, culpa e o nexo de causalidade estabelecendo o vínculo entre eles não há de se falar em reparação.

Todavia, a Lei nº 8.078/1990 o Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>95</sup>, surge com o instinto da inversão do ônus da prova pelo juiz. Segundo critérios de valoração subjetivos, em casos concretos, poderá determinar a inversão do ônus da prova, desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 6º, inciso VIII do CDC, ou seja, a probabilidade das alegações e a hipossuficiência do consumidor.

Vivemos em uma época em que as pessoas nem sempre se preocupam com o bem estar dos outros, uma época em que por várias vezes na rotinas pessoas muitas detalhes passam despercebidos e com isso alguém sai em desvantagem.

No Código de Ética Médica em seu Art. 29 consta: *Praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.*<sup>96</sup>

Tem-se afirmado que o erro de diagnóstico, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica não lhe tenha acarretado danos.<sup>97</sup>

Porém, diante do avanço médico tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratórios, ultrassonografia, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócua e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso.<sup>98</sup>

Em se tratando de erro de diagnóstico será importante analisar se de fato houve ato ilícito cometido pelo médico, pois, para este tipo de situação há várias formas de chegar a um parecer final, é necessário verificar se houve por parte dele, a negligência

---

<sup>95</sup> *Idem*

<sup>96</sup> RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009 (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90) (Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 1/11/2012

<sup>97</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 262

<sup>98</sup> *Ibidem*.

que é o não fazer, pois existem hoje mecanismos importantes na ciência para descobertas de doenças.

Um vez feito o juramento de Hipócrates o profissional se dedica ao fazer o bem, tem-se inclusive sua norma interna, uma autarquia o Conselho Federal de Medicina dotado de personalidade jurídica de direito público e como personalidade jurídicas tem aptidão para adquirir direito e contrair deveres, e como principal dever zelar pela vida das pessoas.

### **3.2. A complexidade da prova da culpa nas ações que envolvem o erro médico de diagnóstico**

A responsabilidade civil dos médicos não é restrita à constatação de dolo ou não aplicação dos cuidados mínimos necessários, no que diz respeito aos meios adotados, como materiais técnicas e produtos, ou seja, a responsabilidade civil dos médicos não esta vinculada ao resultado do tratamento, em exceção a cirurgia plásticaestética embelezadora, mas ao emprego dos meios disponíveis para a respectiva finalidade. Dessa forma o efeito inesperado não implica sempre a inadimplência por parte do profissional.

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mais sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais são desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais, bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.<sup>99</sup>.

Miguel Kfoury Neto acrescentou pontos importantes em relação aos meio utilizado a chegar a tal diagnóstico incorreto, na verdade outra vez se diz a respeito de um pressuposto importante encontrado no art.186 do CC a negligencia, que é o não fazer, não agir, não inspecionar as queixas do paciente.<sup>100</sup>

Antônio Macena de Figueiredo dispõe sobre a culpa médica:

A culpa, como fundamento da responsabilidade dos profissionais de saúde e por extensão à função pericial, exige a apuração rigorosa da conduta sobre a

---

<sup>99</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3 ed. São Paulo: ver. dos Tribunais. 1998, p. 76

<sup>100</sup> *Idem*, p. 77

figura de três modalidades de culpa: imprudência, imperícia ou negligência.<sup>101</sup>

Cavaliere Filho ressalta:

Em suma, será preciso apurar cada caso se, à luz da ciência e do avanço tecnológico que o médico tinha à sua disposição, era-lhe ou não possível chegar a um diagnóstico correto, ou a um tratamento satisfatório, resultando, esse, não obtido por imperícia, negligência ou imprudência injustificável.<sup>102</sup>

Ao contrário de Maria Helena Diniz, Sérgio Cavaliere apenas defende a idéia da maneira em que o médico quis buscar este diagnóstico, no quanto ele foi persistente quando a este resultado, não questiona sobre o modo que deve ser o diagnóstico, como Maria Helena defende erro grosseiro. *O erro de diagnóstico escusável ante o estado atual da medicina isenta o médico de qualquer responsabilidade, mais, se grosseiro levava o médico a responder por isso*<sup>103</sup>

Em relação a prova deste erro médico, Sérgio Cavaliere complementa:

A responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico.<sup>104</sup>

Atualmente de acordo com a lei, para o procedimento de provas, quem deve provar o evento danoso é quem o sofreu, porém, se for avaliada de maneira exata literalmente há de se notar a dificuldade que se encontra para se provar tal dano, até porque se não foi aquele procedimento no qual o médico utilizou, então qual seria o correto para perceber tal diagnóstico?

O paciente é considerado leigo, não tem estudo para saber as medidas a serem tomadas em caso de dor, doença ou tratamento, ampara-se em quem sabe, em quem se instruiu para tal fato.

---

<sup>101</sup>FIGUEIREDO, Antônio Macenade. **Perito Judicial: Responsabilidade Civil e Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 133.

<sup>102</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 389.

<sup>103</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p.304.

<sup>104</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 393.

E por este fato Cavalieri induz:

[...] O médico é prestador de serviço pelo que não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode consequentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova de culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza do Art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Ahipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mais também técnica, de sorte que , se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor.<sup>105</sup>

Consuelo Taques Ferreira Salamacha em sua obra *Erro Médico – Inversão do ônus da prova*, agregou toda a dificuldade de se provar um dano médico, ao Código que delimita a facilidade da ocorrência da inversão:

Nas ações que envolvem relação entre médico e paciente, muitas vezes a prova é extremamente difícil de ser produzida. E, como já se salientou, o ônus da prova incumbe em regra a quem alega um determinado fato, até mesmo em sede consumerista, não obstante a adoção da teoria objetiva.

No que diz respeito aos profissionais liberais, o CDC estabelece a responsabilidade subjetiva. Desse modo, independe o tipo de responsabilidade, isto é, se objetiva ou subjetiva, para dar-se a inversão do ônus da prova. Essa, diga-se, é operada com base nos critérios estabelecidos naquela Lei, e não automaticamente.

Daí origina-se o dilema da produção da prova, da obtenção da prova em conflitos desta natureza. Quando há prova robusta da má prática médica – como, por exemplo, a existência de um exame de raio-x com laudo que acusa um material cirúrgico deixando no corpo do paciente –, a prova resta evidente, nada havendo para discutir. Fica fácil e clara a demonstração do direito que se pretende tutelar.

O problema surge quando não há possibilidade de o consumidor produzir a prova em conflitos deste gênero. Este é o objetivo deste trabalho, com o qual se pretende incitar a pesquisa, haja vista que soluções para tais ponderações ainda estão por surgir.<sup>106</sup>

Venosa finaliza baseando na idéia de que cada dano é diferente do outro, cabendo ao juiz determinar se em caso de erro é há realmente a necessidade de inversão do ônus da prova

---

<sup>105</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 410.

<sup>106</sup>SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico: inversão do ônus da prova**. 2ª ed. Curitiba: Juruá. 2008, pag. 91 e 92.

Essa inversão disciplinada pelo art. 6º é faculdade do juiz, independente de pedido expresso da parte. Há que ser decidida pelo condutor do processo antes do início da instrução para que o onerado, ou seja, o fornecedor de serviços, não seja tomado de surpresa, sem possibilidade de adequar-se.<sup>107</sup>

Então, nota-se que Maria Helena Diniz, tem a idéia de responsabilização em caso de erro grosseiro, Sergio Cavalieri concorda que deve ser analisado se o médico buscou de fato aquele diagnóstico, Consuelo Taques Ferreira pensa que por ser hipossuficiente neste caso não será o paciente que provará a cautela e sim o médico e finalmente Silvo de Salva Venosa esclarece que cada caso é um caso, e que cabe ao juiz determinar qual serão os meios de provas estabelecidos em cada situação.

### **3.3 Breve análise de decisões proferidas pelo Tribunal do Distrito Federal**

Neste item será feita uma breve análise de decisões proferidas pelo Tribunal do Distrito Federal a fim reunir os argumentos sustentados aqui. Assim, tem-se como parâmetro de análise, o questionamento sobre o fato de haver garantia Constitucional à saúde, de haver elevada demanda por profissionais médicos em todas as regiões do país, o erro no diagnóstico médico seria indenizável à luz dos pressupostos que configuram a responsabilidade civil?

Por todo exposto neste trabalho, o referencial bibliográfico demonstrou que há possibilidade de responsabilização civil nos casos de erro de diagnóstico médico sob o argumento de que o médico, embora não assuma o dever de curar seu paciente, assume um dever tratá-lo adequadamente segundo os parâmetros da medicina moderna. Todavia, a questão sobre a configuração dos pressupostos da responsabilidade civil nestes casos, parece passar pela dificuldade de se provar a culpa do médico ao diagnosticar o paciente, ou seja, passa pela dificuldade em se provar a negligência médica, por exemplo. Neste sentido, está os argumentos propostos por Sérgio Cavalieri, marco teórico desta pesquisa.

Assim, Jesuíno Rissato, relator da 2º Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Número 2005.01.1.120798-6 expõe que:

Fundamenta-se a decisão monocrática no fato de que a autora foi encaminhada à clínica ré exclusivamente para constatação ou não de possível estado de gravidez, a fim de possibilitar à empresa empregadora a análise e

---

<sup>107</sup>VENOSA, Silvo de Salva. **Direito Civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 143.

conveniência de sua demissão, e a ré deveria apresentar um diagnóstico, nos termos e para os fins solicitados, ou seja, declinar se a mesma estava ou não grávida, havendo vício do serviço, nos termos do art. 20 do CDC, quando a ré deixou de noticiar a existência da gravidez.

O caso acima demonstra que apesar de o médico saber que existia outros meios de confirmação da gravidez, ele preferiu diagnosticar sem antes inspecionar, gerando assim a negligência, pois se interessasse mais pelo evento o mesmo teria buscado outros meios de detectar a gestação, como no exame hormonal gonadotrofina coriônica humana (HCG) que sete dias após a relação sexual já pode ser visualizado.<sup>108</sup>

O caso citado demonstra que houve de fato uma falha médica em relação a gravidez da autora, como consta haveria outros meios de detectar o estado gestacional da paciente, e com isso o médico não o fez, seria inclusive de suma facilidade para a produção de provas e a finalização do processo a inversão do ônus da prova baseada no art. Art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor pois se a própria paciente soubesse o procedimento a ser buscado para a detecção do estado gestacional ela mesmo o teria feito.

Em outro voto, no mesmo tribunal, a desembargadora Carmelita Brasil, na 2ª Turma Cível do Distrito Federal. Número 543425, 20040710093847, expõe que:

Ainda que se considere ser subjetiva a responsabilidade do apelante, havendo nos autos elementos suficientes a indicar a possibilidade de que eventual erro ou negligência do médico tenha vindo a desencadear os eventos que culminaram na morte de Edma, não importando a extensão da probabilidade de tal nexos causal, incumbia ao réu demonstrar que realizou adequadamente seu serviço e não é culpado pelos fatos narrados.

Conclui-se, portanto, que o apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrar a ausência de culpa pelo evento danoso, que se lhe impunha em virtude da inversão operada pelo comando do d. juízo de origem. Assim sendo, não carece de reparos a sentença que reconheceu a responsabilidade civil do apelante pelo falecimento de sua paciente e o condenou à compensação dos danos morais experimentados pelo<sup>109</sup>

O médico por não ter dado os cuidados necessários agiu de maneira indevida, agravando ainda mais o quadro da paciente. No acórdão citado acima houve a inversão do ônus da prova onde o médico teria que provar sobre a utilização dos métodos corretos que se diz ter aplicado durante os procedimentos cirúrgicos e pós operatórios, e

---

<sup>108</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Ap.Civil nº20050111207986, Relator dês. Jesuino Rissato. Julgamento em 15/05/2007. Publicado em 31/05/2007

<sup>109</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 543425, 20040710093847 APC, Desembargadora Carmelita Brasil. Julgamento em 19/10/2011. Publicado em 24/10/2011.

demonstrar que de fato a morte da paciente não tem ligação, ou nexo de causalidade com os procedimentos executados pelo médico.

Nos caso citados acima, a jurisprudência no primeiro entendeu a falta interesse por parte do médico em não procurar todos os meios para a comprovação do diagnóstico, e no segundo a falta de zelo do médico invertendo os meios de provas, onde o médico é quem provaria que agiu de maneira coerente ao estado da paciente.

Fica exposto que nestes dois casos os erros foram visíveis e perceptível através de meios de comprovação, primeiro pela falta do dever de cuidado e busca de melhores detalhes e segundo por falta de acompanhamento, cautela e descaso do médico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto da pesquisa, consideramos que o médico é um grande profissional, elevado de muita técnica, e sabedoria, em muitos casos de doenças são eles que nos ajudam, nos conforta e nos trata com muito carinho e zelo.

Não podemos dizer que todos eles agem de forma indevida, pois existem grandes profissionais que dedicam a vida para cuidar de outras vidas.

No entanto nas circunstâncias atuais, estamos nos deparando com muitos problemas em relação a condutas de alguns médicos durante atendimentos de saúde.

Não se pode afirmar que o fato de consultórios lotados, falta de recursos necessários ou grande volume de atendimento para poucos profissionais faz com que alguns erros ocorram.

Vivenciando por certo tempo as atividades médicas, nota-se quantos pacientes tem questionado sobre o atendimento médico, em diversos casos durante o procedimento de consulta, o paciente questiona algum incomodo e nem mesmo o médico o analisa fisicamente, ou vos presta a atenção requerida. Considero que este fato é uma falta de cuidado, de carinho, de zelo e cautela com o próprio paciente ali confiante que seu problema pode ser solucionado em todo ou em parte.

E por ser totalmente leigo, sem informações o paciente acaba por não tratar de maneira correta aquele sintoma.

Com isso em diversos processos, a dificuldade de provar determinados danos a saúde do paciente, por um tratamento, medicação, diagnóstico é muito grande, uma vez que se de fato se o paciente soubesse o procedimento correto a ser feito, ele por si só poderia realizá-lo, não precisaria gastar, tempo e nem dinheiro para a contratação do profissional.

Neste caso seria de suma importância a aplicação do Art.6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, onde considerando que é uma relação de consumo, uma prestação de serviço entre médico e paciente, poderia ocorrer a inversão do ônus da prova.

Em regra quem propôs a ação é quem deverá prová-la, porém com a inversão do ônus da prova, não seria o paciente quem provaria o erro, mais o médico quem provaria que todo seu procedimento foi correto diante daquele caso.

O que acontece é que como o paciente poderia provar o procedimento correto a ser adotado se ele nem sabe como fazer isso. Neste caso de inversão do ônus da prova, se de fato está tudo correto como ele diz, então deverá provar.

Em muitas análises de jurisprudências é visível esta dificuldade de meios prova, as pessoas deixam de ter seus direitos reconhecidos, pela ausência de prova que comprove que tal erro tenha gerado aquele dano.

Esta pesquisa em hipótese alguma foi para servir de crítica a todos os profissionais médicos, mais apenas para analisar uma nova ideia para facilitação e reconhecimento de muitos direitos lesados.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. rev. dos tribunais. ed. ALPA, Guido.1995.

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Interpretação de Regras Testamentárias**. Disponível em:  
[www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2017](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2017). Acesso em 11/11/2012

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidente da República -Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. 2002. Disponível em:  
[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 09/11/2012

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Presidente da República -Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília.1990. Disponível em:  
[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em 03/10/2012

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 543425,20040710093847 APC, Desembargadora Carmelita Brasil. Julgamento em 19/10/2011. Publicado em 24/10/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Ap.Civil nº20050111207986, Relator dês. Jesuino Rissato. Julgamento em 15/05/2007. Publicado em 31/05/2007

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas.2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

DANTAS, Alexandre Fernandes. Dicionário informal. Disponível em:  
[www.dicionarioinformal.com.br/usuario/id/71385](http://www.dicionarioinformal.com.br/usuario/id/71385). Acesso dia 04/09/2012

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 6 ed.: Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva. 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. ed. aum. e atual. De acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 20 ed., São Paulo: Saraiva. 2006.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 21 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7:Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva. 2009.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito civil**. Obrigações: Responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 1986.

FIGUEIREDO, Antônio Macenade. **Perito Judicial: Responsabilidade Civil e Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso, **Erro Médico – Um enfoque sobre Sua Origem e Consequências**. Montes Claros. Unimontes. 1999.

GOMES, Orlando, **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro. ed. Forense.2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KFOURINETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

KUHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade Civil**.ed. Manole, 2002.

MARIO, Caio da Silva Pereira. **Instituições do Direito Civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: rev. atual. 2012.

RESOLUÇÃO CFM N°1931/2009 (Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90)  
(Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173). Disponível em:  
<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 11/11/2012

RODRIGUES. Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 2000

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico: inversão do ônus da prova**. 2 ed. Curitiba: Juruá. 2008.

SEKI, Rodrigo Takatsungu Silva. Responsabilidade Civil do Médico. Disponível em: [www.juriway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1204](http://www.juriway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1204) Acesso em 01/10/2012

STJ. Processos por erro médico no STJ aumentaram 200% em seis anos. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920). Acesso em 11/11/2012

VENOSA, Silvo de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: ATLAS. 2002

VENOSA, Sívio de Salvo, **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil**, 6 ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2006.

VENOSA, Silvo de Salva. **Direito Civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2007.

