

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**LOUISE HAGE**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

**CURITIBA  
2007**

**LOUISE HAGE**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

**Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.**

**Orientador: Prof. Clayton Reis**

**CURITIBA  
2007**

## TERMO DE APROVAÇÃO

LOUISE HAGE

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.

**Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.**

Presidente: \_\_\_\_\_

Membro (1): \_\_\_\_\_

Membro (2) \_\_\_\_\_

Curitiba, ---- de ----- de 2007.

Dedico primeiramente à Deus, que me deu saúde, inspiração e que iluminou os meus dias. A minha família e ao meu namorado, pelo amor e pelo apoio recebido, durante a realização do trabalho. Ao meu orientador, pela dedicação e paciência despendida.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me dado luz, saúde e inspiração.

A todos que, direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

À minha família que sempre esteve ao meu lado, me deu amor, carinho e todo apoio que precisava. Ao meu namorado pela ajuda e pelo carinho recebido durante todos os momentos. Ao meu orientador Professor Clayton Reis, agradeço a atenção dispensada durante todo o tempo de elaboração deste trabalho.

A todos, agradeço do fundo de meu coração, muito obrigada.

"Só existem dois dias no ano que nada pode ser feito. Um se chama ontem e o outro se chama amanhã, portanto, hoje é o dia certo para amar, acreditar, fazer e principalmente viver".

Dalai Lama

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO</b>	<b>11</b>
2.1 O MÉDICO NO EGITO, GRECIA E ROMA .....	11
2.2 A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL MÉDICO NO SÉCULO PASSADO.....	13
2.3 A CIÊNCIA MÉDICA NA ATUALIDADE.....	14
<b>3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>15</b>
3.1 A TEORIA DA CULPA.....	15
3.2 O DANO.....	23
3.3 AS TEORIAS DO NEXO CAUSAL.....	26
3.4 A CULPA SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.....	30
<b>4 ANÁLISE DO ERRO MÉDICO</b> .....	<b>35</b>
4.1 AVALIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA .....	35
4.2 ATIVIDADE MÉDICA: OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO.....	37
4.3 A CULPA STRICTO SENSU.....	40
4.4 A TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	46
<b>5 OS DANOS PROVOCADOS POR ERRO MÉDICO</b> .....	<b>49</b>
5.1 A NATUREZA DOS DANOS MÉDICOS.....	49
5.2 O DEVER DE INDENIZAR.....	50
5.3 O DEVER DE PAGAR INDENIZAÇÕES FUTURAS.....	54
<b>6 O VALOR DO QUANTUM INDENIZATÓRIO</b> .....	<b>57</b>
6.1 AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS NA FIXAÇÃO DO QUANTUM.....	57
6.2 OS CRITÉRIOS ADOTADOS PELO PODER JUDICIÁRIO PARA ESTABELECIMENTO DE VALORES INDENIZATÓRIOS.....	64
6.3 A CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS, DE DANOS ESTÉTICOS COM DANOS MORAIS.....	67
6.4 OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ESTABELECIDOS PELO STJ.....	69
<b>7 CONCLUSÕES</b> .....	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>76</b>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo explicar acerca do erro médico e á sua responsabilização. Para tanto, inicialmente se apresenta estudo feito acerca da noção e dos pressupostos da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico, traçando-se os tipos de responsabilidade que permeiam o exercício da atividade médica. Posteriormente, analisam responsabilidade civil do médico, os tipos de obrigação decorrentes do exercício da profissão e as excludentes de responsabilidade. Logo após, estuda-se a relação existente entre médico e paciente, bem como o dever de informar, suas ramificações e os princípios norteadores de tal relação. Por fim, analisam-se o aspecto da liquidação do dano, os parâmetros utilizados pelos magistrados para a fixação do *quantum* e os critérios de proporcionalidade e razoabilidade adotados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: responsabilidade médica, dano, erro, liquidação.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da medicina e o avanço de técnicas médicas, tem-se visto cada vez mais demandas em face dos médicos.

A responsabilidade civil é um ramo bastante debatido no âmbito do direito civil. Com efeito, o tema tem sido motivo de diversos estudos e extensos trabalhos monográficos que, felizmente, têm esclarecido certos aspectos dúbios e ajudado na confecção deste trabalho. De fato, o assunto é bastante problemático, proporcionando uma vasta gama de casos acerca da responsabilidade civil médica.

O médico se sujeita a empregar os meios adequados, segundo o estudo da técnica e da arte médicas para curar o paciente, porém não se obriga a garantir o resultado da cura. Por isso, a sua responsabilidade nasce, não do fracasso na obtenção do resultado da cura em si, mas tão-somente do emprego de meios inadequados para atingir aquele resultado quando ele não é atingido.

O estudo aqui proposto é relacionado com a atividade do médico em seu aspecto jurídico, em especial a responsabilidade civil. Destarte, buscou-se inicialmente um estudo histórico da responsabilidade civil do médico, tecendo breves comentários acerca de sua atuação. Logo após, analisado a noção de responsabilidade civil, bem como sua conceituação, pressupostos e sua aplicação no mundo jurídico, tecendo definições acerca da responsabilidade objetiva e subjetiva.

A responsabilidade civil do médico despontou numa segunda análise na qual é feita uma avaliação da responsabilidade médica, destacando a distinção entre obrigação de meio e de resultado.

A seguir, é explanado o tema do trabalho, ou seja, a responsabilidade civil do médico, nos aspectos peculiares da culpa desse profissional, a natureza dos danos médicos, o dever de indenizar e a liquidação do dano.

Dentro desse contexto, será exibida uma sistematização da doutrina, situando-a dentro da legislação pertinente e, complementando com a jurisprudência que já tenha sido definida como majoritária.

Na conclusão, é elaborada uma síntese sobre os conceitos gerais, através dos quais, atualmente, a responsabilidade civil no erro médico se insere no ordenamento jurídico nacional.

A presente monografia não tem a pretensão de trazer novidades a respeito do tema acima calcado, mas pretende tecer comentários acerca da responsabilidade civil do médico, com mais afinco na responsabilidade do médico, pugnando por fazê-lo da melhor forma possível e levando sempre em consideração as limitações a que me restrinjo.

## 2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

### 2.1 O MÉDICO NO EGITO, GRÉCIA E ROMA.

O médico não era considerado um especialista em determinada matéria, mas sim um mágico provido de poderes curativos sobrenaturais. A presente preposição decorria da ausência de conhecimento dos povos antigos sobre os males e dores que lhes afetavam. O rigor quanto à avaliação dos erros profissionais crescia na mesma proporção que a medicina se desenvolvia<sup>1</sup>.

No que se tem conhecimento, o documento inaugural que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que em seu artigo 218 previa penas severas como amputação das mãos, entre outras, aos cirurgiões que não tivessem sucesso em seus procedimentos. De igual forma, tinham os cirurgiões punição prevista no Código Ur-Nammu (2111-2084 a.C.), em seu artigo 625 onde discriminava a responsabilidade do médico<sup>2</sup>.

Nesses documentos, é evidente que inexistia o conceito de culpa num sentido jurídico moderno, pois vigorava a responsabilidade objetiva<sup>3</sup>.

Em Roma existia a vingança privada e selvagem, a qual logo após foi retirada pelo estado, que tomou para si o poder da punição.

Existia também, a composição voluntária a juízo da vítima que recebia do agressor um valor pelo dano<sup>4</sup>.

A Lei das XII Tábuas passou a determinar uma composição tarifada, que fixava para cada caso concreto o valor da pena a ser paga pelo ofensor.

---

<sup>1</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: R.T, 2002, p.32.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Idem.

Em seguida, surgiu a Lei Aquília (ano 468) dando início à generalização da responsabilidade civil. Esta formulou um conceito de culpa, bem como estabeleceu algumas espécies de delitos que os médicos poderiam praticar como: o abandono do doente, os erros procedentes da imperícia e do tirocínio perigosa e a recusa à prestação de auxílio. Ainda, esta lei registra os primeiros escritos sobre responsabilidade médica, prognosticando a pena de morte ou deportação do médico culpado por falta profissional<sup>5</sup>.

No Egito, os médicos tinham elevada posição social e se confundiam, muitas vezes, com sacerdotes.

O povo egípcio possuía um livro, chamado de sagrado, que continha todas as regras de aquiescência obrigatória pelos médicos. Eles deveriam seguir as prescrições contidas no livro para que não fossem alvo de qualquer interpelação judicial, pois, caso contrário, eram punidos com pena capital<sup>6</sup>.

Na Grécia vai-se vagarosamente subscrevendo o princípio de que a culpa do médico não se presume. A responsabilidade do médico deveria ser ponderada por um perito na matéria e por um colegiado de médicos.

Ainda, chegou-se a admitir a culpa médica quando atestadas duas condições, quais sejam, a morte do paciente e a desobediência às prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária.

Em face dos numerosos fracassos, foram adotadas penas individualmente severas para os médicos mal sucedidos: trabalhos forçados nas minas, chibatadas, fratura das pernas e, o que era absolutamente mais grave, a crucificação<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> KFOURI NETO, **Responsabilidade**. op.cit., p. 32

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

Portanto, é de notar que a responsabilidade era dita objetiva, não se auferindo culpa e prescrevendo penas cruéis ou até mesmo pena capital aos médicos que tivessem malogro em seu trabalho.

## 2.2 A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL MÉDICO NO SÉCULO PASSADO

As doenças sem cura constituem inquietação dos médicos desde os primeiros registros de existência de uma sociedade organizada. Por isso, é manifesta a existência de médicos leigos e curiosos desde as épocas mais remotas da nossa civilização.

Há apontamentos do surgimento de médicos ao lado dos "mágicos", curandeiros ou feiticeiros nos primórdios da humanidade, com indicativos que remontam ao ano de 4.000 antes de Cristo, entre os Sumérios na Mesopotâmia<sup>8</sup>.

Até então, a cura das enfermidades dos homens eram conferidas a forças divinas e, a ocorrência de doenças, eram relacionadas aos pecados.

A transmutação desse exercício em ciência aconteceu tempos depois. Porém os apontamentos confiáveis mais antigos acerca da regulamentação da atividade médica surgiram nos séculos XVIII e XVII a.C., levada a efeito pelo sexto rei da Primeira Dinastia da Babilônia, o Rei Khamu- Rabi<sup>9</sup>.

Portanto, as doenças sempre ensejaram o estudo e dessa forma surgiram os estudiosos para que pudessem dar um alívio às dores das pessoas.

---

<sup>8</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: R.T, 2004, p.527.

<sup>9</sup> Idem.

### 2.3 A CIÊNCIA MÉDICA NA ATUALIDADE.

Um dos grandes avanços cirúrgicos do século XX, o transplante de órgãos, não veio das grandes potências mundiais. Ele foi realizado na África do Sul, no dia 3 de dezembro de 1967, pelo médico Christian Barnard. Pela primeira vez, o coração do receptor foi retirado para ser substituído pelo coração do doador. O paciente, Louis Washkars, tinha 55 anos e sofria de uma doença cardíaca incurável. Ele sobreviveu apenas três semanas, mas o interesse pelo transplante cardíaco cresceu em todo o mundo e, no ano seguinte, foram realizados mais de 100 transplantes. Hoje, a técnica dos transplantes está cada vez mais avançada. Os riscos de rejeição são mínimos para transplantes de coração, pulmões, rins, pâncreas e fígado. A evolução da técnica é tão grande que já foram realizados transplantes até mesmo de mão e o rosto<sup>10</sup>.

Uma revolução ainda em curso, mas que pode modificar completamente a existência humana é a tecnologia genética. Dois cientistas tiveram fundamental importância para o avanço desse campo. James Watson e Francis Crick descobriram, em 1953, a estrutura do DNA: dois blocos dispostos em uma estrutura em hélice dupla. Hoje, o mapeamento genético dos cromossomos de um indivíduo é capaz de identificar o risco de desenvolvimento de algumas doenças hereditárias. Biólogos e geneticistas fazem experiências locando novos genes em pacientes potencialmente terminais, na esperança que eles se reproduzam e substituam os genes defeituosos<sup>11</sup>. Há também muito esforço e polêmica nas pesquisas sobre clonagem e células-tronco.

---

<sup>10</sup> TOMAZELLI, Felipe. **A história da medicina contada a céu aberto**. 1 ed. São Paulo: Eurofarma, 2006, p. 56.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 58.

Estamos diante de uma verdadeira transformação na história da medicina.

### 3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

#### 3.1 A TEORIA DA CULPA

Segundo Rui Stoco, "a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar o outro" <sup>12</sup>.

Em virtude das grandes dificuldades encontradas pela doutrina para estabelecer um conceito de responsabilidade civil, os autores não chegam a um consenso no tocante à sua definição. Desta forma, faz imperioso apontar alguns dos diversos conceitos formulados acerca da responsabilidade civil.

Sílvio de Salvo Venosa assevera que:

O termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação. (...) Na responsabilidade civil, o que interessa saber é a responsabilidade que reflete na obrigação de indenizar <sup>13</sup>.

Maria Helena Diniz, por seu turno, concebe a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele

---

<sup>12</sup> STOCO, op.cit., p. 118.

<sup>13</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.12.

responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal <sup>14</sup>.

Rui Stoco, ainda sobre a matéria, assim se manifesta:

(...) pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso em lei <sup>15</sup>.

Carlos Roberto Gonçalves concebe a responsabilidade como um fenômeno social. Assim, quem pratica um ato ou incorre numa omissão que resulte dano, deve suportar as conseqüências do seu procedimento. Salieta tratar-se de uma regra elementar do equilíbrio social, na qual se resume o problema da responsabilidade <sup>16</sup>.

A responsabilidade não é um fenômeno exclusivo da vida jurídica; é fato social resultante de atividade humana, portanto pode ser caracterizada por seu aspecto sociológico. Neste sentido, ilustra Rui Stoco:

Aqueles que vivem em sociedade e aceitaram as regras sociais, as obrigações anímicas impostas pela moral e pela ética, enquanto compromissos supralégais, e pelo regramento institucional imposto pelo tegumento social, expresso no Direito Positivo, assumem o dever de não ofender, nem de lesar, causar dano ou prejuízo sem que tenham justificativa ou eximente, expressamente prevista na legislação de regência <sup>17</sup>.

Continuando seu estudo, Rui Stoco acrescenta:

---

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.34.

<sup>15</sup> STOCO, op. cit., p. 120.

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil de acordo com o novo código civil**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p.03.

<sup>17</sup> STOCO, op. cit., p. 120.

A responsabilidade, embora escorada no mundo fático, tem sustentação jurídica. Depende da prática de um ato ilícito e, portanto, antijurídico, cometido conscientemente, dirigido a um fim, ou orientado por comportamento irrefletido, mas informado pela desídia, pelo açoitamento ou pela inabilidade técnica, desde que conduza a um resultado danoso no plano material ou imaterial ou moral<sup>18</sup>.

O aspecto ressaltante no tocante à responsabilidade civil vem no sentido de dar enfoque ao descumprimento do dever jurídico e às conseqüências advindas em virtude do agente não atuar de maneira prudente e diligente.

Sobre a responsabilidade civil, vale transcrever os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante a sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da vida humana<sup>19</sup>.

Segundo Fernando Noronha, qualquer dano antijuridicamente causado a outrem gera a obrigação de reparação<sup>20</sup>.

As responsabilidades subjetiva e objetiva não são classes diversas de responsabilidades, mas sim diferentes maneiras de demonstrar a obrigação de reparar o dano.

A responsabilidade subjetiva é aquela inspirada na idéia de culpa. Segundo ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

---

<sup>18</sup> STOCO, op. cit., p. 120.

<sup>19</sup> DINIZ, op.cit., p. 03.

<sup>20</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamento do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 430.

Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa<sup>21</sup>.

Miguel Kfoury Neto aponta que, segundo a teoria subjetiva, cabe à vítima provar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente para obter a reparação do dano<sup>22</sup>.

No entanto, muitas vezes se torna difícil provar o dolo ou a culpa do agente.

Carlos Roberto Gonçalves esclarece que a lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal dita “objetiva”<sup>23</sup>.

A responsabilidade objetiva pode ser esclarecida com as palavras de Silvio Rodrigues:

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>24</sup>.

Ainda sobre o tema, observa o doutrinador:

A teoria do risco é a 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 o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> GONÇALVES, op.cit., p.21.

<sup>22</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Editora R.T, 2002, p.45.

<sup>23</sup> GONÇALVES, op.cit., p. 21.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002, p.11.

<sup>25</sup> Idem.

Sob o prisma da responsabilidade objetiva baseada no risco, importante fica transcrever os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa:

(...) quem, com sua atividade, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício<sup>26</sup>.

Maria Helena Diniz complementa:

Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros<sup>27</sup>.

Com o artigo 927 do Código Civil, possível fica verificar a admissão da responsabilidade sem culpa, pelo exercício da atividade que por sua natureza implica risco para os direitos de outrem<sup>28</sup>.

Analisando o artigo citado, não se encontram problemas para compreender os dizeres de Fernando Noronha:

(...) o exercício de determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, implicava, em contrapartida aos benefícios que ela proporcionavam ao agente, o ônus de suportar os danos que eventualmente fossem causados a outrem. Foi por isso que se construiu a teoria da responsabilidade objetiva<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> VENOSA, op.cit., p. 16.

<sup>27</sup> DINIZ, op.cit., p. 48.

<sup>28</sup> “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006, p. 233.

<sup>29</sup> NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. R.T. São Paulo, v. 761, 1999, p. 37.

A responsabilidade objetiva é aquela em que a própria atividade cria um risco de dano para terceiros, mesmo que o comportamento do profissional seja imune de culpa. Desta maneira, conclui-se que a responsabilidade objetiva presta-se em reconhecer que o requisito culpa nem sempre é imprescindível para que surja a obrigação de indenizar.

Portanto, se não for o caso de responsabilidade objetiva, é necessário que estejam presentes certos elementos denominados “pressupostos da responsabilidade civil” para que exista a obrigação de indenizar.

Desta feita, depreende-se dos conceitos acima abordados que a consequência da execução de um ato ilícito se constitui na obrigação de reparação de dano imposto à vítima, de modo a restabelecer o estado anteriormente existente ou compensando o lesado em virtude do fato ocorrido.

A responsabilidade do médico é subjetiva<sup>30</sup>, ou seja, aquela que depende da comprovação de culpa, e por isso é também chamada de teoria da culpa<sup>31</sup>.

Portanto, para que exista a necessidade de indenizar, faz-se necessária a existência de certos elementos que são designados como pressupostos da

---

<sup>30</sup> Teoria da culpa agasalhada por nosso ordenamento jurídico, artigos 186 e 951 do Código Civil “Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” O parágrafo único do art. 927 do Código Civil faz menção à responsabilidade objetiva por risco. No entanto tal percepção não é aplicada conforme a doutrina e jurisprudência, salvo algumas exceções, não se aplicando à relação médico-paciente. BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 233.

<sup>31</sup> Destaca-se o entendimento de Oscar Ivan Prux, que entende que a teoria da culpa nem sempre deve ser aplicada. “A teoria da culpa não é adequada para ser aplicada em todos os casos de responsabilidade civil de ordem pessoal dos profissionais liberais. Nas obrigações ‘de resultado’, ela se revela inadequada e, nas agressões aos direitos dos consumidores que são perpetradas através de condutas e práticas de mercado (na oferta, na propaganda enganosa, na cobrança de dívidas, no uso de práticas e cláusulas abusivas, etc.) ela se revela além de inadequada, quase impertinente”. PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.188.

responsabilidade civil. Entretanto, tais pressupostos são de difícil caracterização, haja vista diversas conclusões dos doutrinadores acerca do tema.

Devido à grande imprecisão, vale assinalar a regra universalmente aceita do artigo 186 do Código Civil de 2002 que estabelece que, “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”<sup>32</sup>.

Analisando o artigo acima citado não vislumbramos dificuldade em compreender os quatro elementos essenciais da responsabilidade: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade ou nexo de causalidade e o dano. Neste tópico, vale salientar que muitos autores entendem como pressupostos da responsabilidade civil apenas três elementos, que são: a existência de uma conduta, a ocorrência de um dano e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta<sup>33</sup>.

Para Frederico Marques, a conduta<sup>34</sup> humana relevante para essa responsabilização apresenta-se como uma “ação” ou como uma “omissão”<sup>35</sup> que viola uma norma jurídica<sup>36</sup>.

Para Sergio Cavaliere Filho, é mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem importância conceitual.

---

<sup>32</sup> BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 200.

<sup>33</sup> Outros, porém, analisam a responsabilidade de forma mais ampla. Como exemplo Sergio Cavaliere Filho. Ele acredita que a responsabilidade não decorre apenas da prática de uma conduta lesiva. Exige a censurabilidade, que por sua vez depende da capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente e que leva a um conceito de imputabilidade. Daí desdobrando ao conceito de maturidade e sanidade mental. Importando o primeiro em desenvolvimento mental e o segundo em higidez. Ainda, destaca que o agente deve ser capaz e não podendo ter alguma enfermidade ou deficiência mental. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 24.

<sup>34</sup> Não constituem conduta os atos em que não intervêm a menor parcela de vontade, os chamados atos reflexos e os estados e de inconsciência. Idem.

<sup>35</sup> Importante que se faça a diferenciação dos termos “ação” e “omissão”. A conduta é uma exteriorização da atividade humana, sendo um gênero de que são espécies a ação e a omissão. É verdade que se emprega o termo “ação” em sentido lato para indicar ação *stricto sensu* e a omissão. Daí ser preferível a expressão conduta ao invés de ação. (N.A).

<sup>36</sup> MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.2, p.40.

Esta contrai proeminência jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo<sup>37</sup>.

A ação de acordo com Maria Helena Diniz é elemento constitutivo da responsabilidade, vindo a ser ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado<sup>38</sup>.

A omissão, segundo Antunes Varela, prevê cumulativamente duas circunstâncias, sendo a primeira a existência do dever de exercitar um determinado fato que não se cumpriu, e a segunda a certeza ou probabilidade de o fato omitido ter possibilitado a produção do dano<sup>39</sup>.

Nas palavras de Rui Stoco: "A omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma" <sup>40</sup>.

A ação ou omissão deve refletir a vontade livre do agente, ou seja, é a vontade do agente em agir de acordo com o seu discernimento. A vontade é assim, fator essencial da ação.

Atua com culpa quem age illicitamente, podendo e devendo, na emergência, ter operado de maneira diferente<sup>41</sup>.

No tocante à culpa do agente, nosso ordenamento jurídico estabelece a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, o fundamento original da responsabilidade é exclusivamente subjetivo<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 24.

<sup>38</sup> DINIZ, op.cit., p. 37.

<sup>39</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. **Direito das obrigações**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.212.

<sup>40</sup> STOCO, op.cit., p.131.

<sup>41</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos da responsabilidade civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 55.

Ainda, sobre a matéria, ilustra Rui Stoco quando complementa:

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revelar-se através da imprudência: comportamento açoitado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; negligência: quando o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo; e imperícia: a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano<sup>43</sup>.

Contudo, os tribunais foram percebendo que a noção estrita de culpa, se rigorosamente aplicada, deixaria inúmeras situações de prejuízo sem o devido ressarcimento. A obrigação de indenizar dano causado a outrem pode advir de determinação legal, sem que o agente tenha cometido ato ilícito. Essa hipótese ocorre quando o dever de reparar é deslocado para aquele que procede em conformidade com a lei, assim se desvincula o ressarcimento do dano da idéia de culpa e a responsabilidade é transferida para o risco.

O último pressuposto de responsabilidade civil é o dano que é o prejuízo causado pelo agente.

Desta forma, a responsabilidade que resulta de ato ilícito tem como base a culpa, e a responsabilidade sem culpa tem como fulcro o risco.

### 3.2 O DANO.

Como dito anteriormente, o dano é outro elemento essencial na configuração da responsabilidade.

---

<sup>42</sup> STOCO, op.cit., p.132.

<sup>43</sup> Idem.

Segundo esclarece Sílvio de Salvo Venosa, somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano<sup>44</sup>.

Na tentativa de caracterização do dano, interessante fica salientar os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

O dano é um dos pressupostos de responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar<sup>45</sup>.

Não se pode falar em obrigação de indenizar sem a existência de um dano, pois se o contrário fosse possível, estaríamos diante de situação de enriquecimento sem causa por parte de quem receberia a indenização. Sobre o assunto descreve Carlos Roberto Gonçalves:

Sem prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível<sup>46</sup>.

Tendo como base os ensinamentos acima observados, podemos verificar também sobre o conceito de dano, o que preceitua Caio Mário da Silva Pereira em sua obra Responsabilidade Civil:

(...) inscreve-se o dano como circunstância elementar da responsabilidade civil. Por esse preceito fica estabelecido que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como conseqüência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado. Existe uma obrigação de reparar o dano,

---

<sup>44</sup> VENOSA, op.cit., p. 26.

<sup>45</sup> DINIZ, op. cit., p. 55.

<sup>46</sup> GONÇALVES, op.cit., p.33.

imposta a quem quer que seja, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem<sup>47</sup>.

Diante do exposto, temos que o dano pode ser conceituado como uma ofensa à pessoa, o qual pode ocasionar um prejuízo de ordem econômica ou pode acarretar repercussão na esfera anímica da pessoa, constituindo-se neste caso o dano moral. Assim sendo, a Responsabilidade Civil preconiza o dever que tem o autor em indenizar outrem pelo dano decorrente de um ato lícito ou ilícito.

Outro pressuposto da Responsabilidade Civil é a existência da causalidade entre a conduta e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causa e efeito, inexistente a obrigação de indenizar.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, no tocante ao nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu, verifica-se que:

O vínculo entre o prejuízo e ação designa-se nexo causal, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo de ação, diretamente ou com sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido<sup>48</sup>.

Caio Mário da Silva Pereira afirma que "mesmo que haja conduta e dano, não existe obrigação de reparar, se entre ambos não se estabelecer a relação causal"<sup>49</sup>.

Isto posto, para que surja a obrigação de reparar, existe a necessidade da existência de uma relação entre a ação ou omissão culposa do agente e um dano

---

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mário. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.37.

<sup>48</sup> DINIZ, op.cit., p. 96.

<sup>49</sup> PEREIRA, op.cit., p.76.

sofrido pela vítima. “O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito<sup>50</sup>”.

Para tanto, se faz necessário o estudo das teorias que constituem o nexo causal<sup>51</sup>.

### 3.3 AS TEORIAS DO NEXO CAUSAL

Entre as teorias que se empenham na solução do problema, duas merecem destaque, a teoria da equivalência das condições a teoria da causalidade adequada.

A teoria da equivalência das condições ou também conhecida como *conditio sine qua non*<sup>52</sup> que foi criada por Julius Glaser em 1858 na Áustria<sup>53</sup> e aperfeiçoada

---

<sup>50</sup> STOCO, op.cit., p.146.

<sup>51</sup> BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. HOMICÍDIO CULPOSO - ERRO MÉDICO IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA - Embolia pulmonar após o parto. Nexo de causalidade entre os procedimentos médicos e o evento morte não suficientemente demonstrado. Sentença absolutória confirmada. Recurso ministerial improvido. Apelação Criminal 297035461 Apelado: R.L. Advogada Alice Terezinha Luiz Lehnen, Apelado: I.M.L, Advogado:Ricardo Koch Co-reu: N.M.L e L. T.M , vítima R.L.K Relatora: Des. Regina Maria Bollick., data da publicação: 25.03.1998. BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO - Prova conducente a dúvida invencível acerca do nexo de causalidade entre o ato cirúrgico, que seguiu técnica aconselhável para o caso, e o surgimento de fistula prostato-retal, apontada como decorrente de erro do cirurgião. Possibilidade do aparecimento espontâneo da fistula em pacientes a cometidos de câncer prostático, se invasivo de áreas adjacentes, como e a do canal retal, segundo o testemunho de especialistas. Apelo do réu que e provido para julgar-se improcedente a ação, prejudicado o do autor. AC 597185529 Agravante Espolio de Cerylo Lovison, Advogado Roque Gilberto Chedid, Agravado: Julio Romeu Ferreira Advogado Amadeu de Almeida Weinmann, Relator: Des. Sérgio Pilla da Silva, data da publicação 21.05.1998. BRASIL, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. ACUSAÇÃO DE HOMICÍDIO CULPOSO POR ERRO MÉDICO - NÃO COMPROVADA SUFICIENTEMENTE A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O PROCEDIMENTO ADOTADO PELO MÉDICO E O ÓBITO DO PACIENTE, INVIÁVEL SE TORNA A CONDENAÇÃO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO - Incabe a condenação do médico por homicídio culposo, se na sua conduta não houver nenhuma das modalidades de culpa. "A acusação por homicídio culposo, grave por si só, é mais grave ainda quando dirigida a um médico. Daí a razão jurídica e lógica de exigir a prova cabal, plena, segura, certa, da existência da culpa na causalidade do evento, no sentido material e psicológico". Ap. Crim. 98.006862-2, Relator: Des. José Roberge, data julgamento 18.08.1998.

<sup>52</sup> O Direito Positivo Brasileiro, conforme o disposto no *caput* do artigo 13 do Código Penal, adotou a teoria da equivalência das condições para estabelecer a relação de causalidade entre a conduta e o resultado. (N.A ) Embora não encontremos na lei civil a teoria adotada, é possível visar no artigo 403 do Código Civil uma referência a teoria da causa adequada. CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 24.

e introduzida por Von Buri na Alemanha <sup>54</sup>, traz consigo a idéia de que a causa não é o conjunto individual das condições, mas qualquer delas, desde que necessária à produção do resultado, de forma que todas se equivalem, e colocar uma delas importa em assumir um nexos causal com o resultado. Ou seja, ao colocar essa condição, a conduta do agente se faz causa do fato ocorrido<sup>55</sup>.

Ainda, esta teoria aduz que não há distinção da causa, condição ou ocasião, de modo que tudo o que concorrer para o resultado é causa dele<sup>56</sup>.

Cezar Roberto Bitencourt ensina que todo fator que contribui, de algum modo, para a ocorrência do resultado é causa desse resultado, isto é, causa, para essa teoria, é a soma de todas as condições, consideradas no seu conjunto, produtoras de um resultado <sup>57</sup>.

Afirma a presente doutrina, de acordo com Costa Junior, que o efeito não pode ser subdividido em partes, atribuindo-se cada uma delas a uma condição isolada e autônoma. Logo, todas as condições se equivalem não somente no sentido lógico-naturalístico, mas principalmente jurídico <sup>58</sup>.

Dessa forma, tal teoria utiliza-se de um processo hipotético de eliminação, uma vez que, eliminada mentalmente a condição, desaparece do mesmo modo o resultado <sup>59</sup>. Ou seja, para verificar se determinado antecedente é causa do resultado, através desse processo hipotético de eliminação, deve-se imaginar que o

---

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, (*Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*). 2. ed. Traducción por: Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. Original alemão, p. 348.

<sup>54</sup> Von Buri cita como antecessores dessa teoria Köstlin, Berner e Hälschner, tendo sido criada por Julius Glaser. No mesmo sentido, Stuart Mill já havia desenvolvido o seu conceito de causalidade, segundo o seu Sistema de lógica. No entanto, doutrinadores como Maurach, Aníbal Bruno e Paulo José da Costa Jr., acreditam que o conceito elaborado por Julius Glaser e introduzido na Alemanha por Von Buri não teve qualquer inspiração na idéia da Stuart Mill.(N.A)

<sup>55</sup> BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 1. p. 309.

<sup>56</sup> STOCO, op.cit., p.146.

<sup>57</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 179.

<sup>58</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito penal: curso completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 61.

<sup>59</sup> BRUNO, op.cit., p. 309.

comportamento a ser analisado não ocorreu, e procura-se verificar se o resultado teria ocorrido mesmo assim, ou se, ao contrário, o resultado deixaria de existir em consequência da inexistência do comportamento suprimido.

Após essa verificação, se concluir-se que o resultado teria ocorrido mesmo com a eliminação da conduta, então não há nenhuma relação de causalidade entre um e outra. No entanto, se eliminada hipoteticamente a conduta e verificar-se que o resultado não teria ocorrido, evidencia-se que essa conduta é condição indispensável para a ocorrência do resultado e, portanto é sua causa, havendo, assim, relação de causalidade <sup>60</sup>.

Embora a teoria da equivalência das condições tenha uma estrutura lógico-jurídica eficiente na descoberta da relação de causalidade, a mesma foi objeto de diversas críticas, pois ao mesmo tempo em que define objetivamente as condições que são causas para a ocorrência de um resultado, o processo hipotético de eliminação dos antecedentes pode levar ao infinito. Isto é, de acordo com Costa Junior, ao levar em conta as condições das condições numa regressão infinita, a teoria da equivalência das condições acarreta um alargamento excessivo da responsabilidade. Assim, em latim *causa causæ est causa causati*, ou seja, a causa da causa é a causa do que foi causado <sup>61</sup>.

Dizem os registros, que a teoria da causalidade adequada surgiu no século XIX, por inspiração do alemão Von Kries e aperfeiçoada por Kümelin.

Segundo essa teoria, será antecedente não só o cogente, mas ainda, adequado à produção do resultado. Portanto, nem todas as condições são consideradas “causas”, mas tão somente aquela que for a mais adequada a produzir

---

<sup>60</sup> BITENCOURT, op.cit., p. 180.

<sup>61</sup> COSTA JUNIOR, op.cit., p. 61.

a conseqüência, de acordo com o conhecimento comum, que for mais conveniente à realização do evento danoso <sup>62</sup>.

Para Luiz Roldão de Freitas Gomes, todos os antecedentes de um dano não desempenham o mesmo papel, podendo advir que por efeito de um encadeamento de circunstâncias excepcionais, um evento provoque um prejuízo <sup>63</sup>.

Para Rui Stoco, a presente teoria está inserida artigo 403 do Código Civil que dispõe: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” <sup>64</sup>.

Para verificar a responsabilidade, o juiz deve retroceder até o momento da ação ou omissão, com o intuito de fundar se esta era ou não idônea para produzir dano. Portanto, para a definição da causa do dano, é necessário fazer um juízo de probabilidade, de modo antecedente do resultado, verificando se o mesmo era efetivo. Ainda, o juízo de probabilidade e previsibilidade deve ser feito pelo magistrado em consonância com a atividade cognitiva do autor do dano, levando em consideração o padrão do *homo medius* <sup>65</sup>.

Importante mencionar que o rompimento do nexa causal pode ocorrer em razão de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou até mesmo for fato de terceiro <sup>66</sup>.

Ademais, independentemente da teoria que se adote, cabe ao magistrado fazer a valoração com os elementos apresentados nos autos e estabelecer se houve

---

<sup>62</sup> STOCO, op.cit., 145.

<sup>63</sup> GOMES, Luiz, op.cit., 72.

<sup>64</sup> STOCO, op.cit., p.145.

<sup>65</sup> GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.128.

<sup>66</sup> STOCO, op.cit., p.147.

a violação de um direito alheio com o conseqüente dano, bem como se houve um nexo causal entre o comportamento do agente e o resultado apresentado.

### 3.4 A CULPA SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS

Existem certas profissões que, em virtude dos riscos que representam, ficam subordinadas a disciplinas especiais na área jurídica. A responsabilidade dos profissionais médicos, por trabalhar diretamente com o bem maior da sociedade, a vida humana, merece especial enfoque.

Tamanha é a importância da proteção da vida humana que o direito pátrio lhe reserva regulamentos na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal e também no Código de Defesa do Consumidor.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 951, aponta:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho<sup>67</sup>.

Em análise do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990), podemos verificar a existência de uma relação de consumo entre médico e paciente. O citado código, em seus artigos 2º e 3º afirma expressamente o que é consumidor e fornecedor. Se não vejamos:

---

<sup>67</sup> BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 234.

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final,  
Art. 3º, Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos ou prestação de serviços<sup>68</sup>.

Feita a distinção entre consumidor e fornecedor, podemos claramente reconhecer que a atividade do médico é a prestação de serviços e que o paciente figura como destinatário final da relação; e o ato médico, uma atividade remunerada a pessoas físicas ou jurídicas sem a existência de vínculo empregatício. Dessa forma, a relação de consumo estabelecida entre médico e paciente será disciplinada sob a luz do Código de Defesa do Consumidor.

Para Grácia Cristina Moreira do Rosário, a intenção do Direito do Consumidor é o equilíbrio das prestações entre profissional e consumidor, aumentando-se as garantias do mais fraco da relação<sup>69</sup>.

A concepção do contrato trazida com o Código de Defesa do Consumidor é uma concepção social, ou seja, não importa somente o momento da manifestação da vontade, mas onde os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta.

A lei, sob este enfoque, possui o papel de limitadora e legitimadora da autonomia da vontade. A norma passa a valorizar a confiança depositada no vínculo entre médico e paciente, bem como a expectativa de boa-fé das partes contratantes<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**: Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed. São Paulo : Rideel, 2006, p. 531.

<sup>69</sup> ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **Responsabilidade civil na cirurgia plástica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.93.

<sup>70</sup> MARQUES, Cláudia de Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: R.T , 1992, p.50.

Vale dizer que o princípio da boa-fé é o princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor, e por conseqüência, princípio norteador das relações consumeiristas.

O elemento da confiança, este que é depositado na relação de consumo entre o médico e seu paciente, faz nascer a expectativa no cumprimento da obrigação. Entretanto, o resultado não condizente com o esperado pelo paciente nem sempre é derivado de um erro médico, mas também do real estado de saúde do paciente que contrata os serviços.

Novamente vale apontar os dizeres de Grácia Cristina Moreira do Rosário:

O tratamento diferenciado que os profissionais liberais recebem, incluindo os médicos, deriva da natureza *intuito personae* dos serviços prestado, face ao princípio da confiança inspiradora do cliente<sup>71</sup>.

A prestação de serviços médicos é, via de regra, uma obrigação contratual que pode ser tanto obrigação de meio como obrigação de resultado. O artigo 14 do CDC versa sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços. Em seu *caput* utiliza a teoria do risco, ou seja, utiliza a responsabilidade objetiva como fundamento da responsabilidade civil. Já em seu parágrafo quarto, lança mão da responsabilidade subjetiva, ou seja, utiliza a existência de culpa para fundamentar tal responsabilidade.

Ao profissional médico cabe o dever de diligência e utilização de todos os meios e técnicas necessárias para atingir o objetivo pretendido. Destarte, a apuração da culpa ocorre em relação à responsabilidade pessoal do médico. Assim,

---

<sup>71</sup> ROSÁRIO, op.cit., p.98.

se o médico trabalha em um hospital, responde apenas pela culpa, enquanto a responsabilidade do hospital é analisada de forma objetiva <sup>72</sup>.

Sobre a distinção entre a responsabilidade do médico e do hospital, a jurisprudência tem se manifestado no seguinte sentido:

Ação de responsabilidade civil de estabelecimento médico-hospitalar. Morte de paciente internado com diagnóstico de plantonista do próprio hospital, não acolhido pelo corpo clínico efetivo, por negligência. Demora e erro no não atendimento, amplamente comprovados. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, os hospitais fornecedores de serviços respondem, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos seus pacientes, por defeitos dos serviços prestados <sup>73</sup>.

A atividade médica requer especialização, mas deve ser encarada, em face as normas que regulam as relações com profissionais liberais, como outra atividade qualquer de prestação de serviços. Desta maneira, o médico deve receber o mesmo tratamento dos demais profissionais liberais, sendo apenas responsabilizado ante a verificação e comprovação de culpa.

Por fim, é importante esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor visa oferecer tranqüilidade para os profissionais da medicina atuarem com segurança e os pacientes obterem proteção de seus direitos, afastando-se dos incompetentes e oportunistas.

Também pode ser verificada a responsabilização subjetiva dos profissionais da medicina no artigo 29 do Código de Ética <sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> GONÇALVES, op.cit., p.370.

<sup>73</sup> BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº. 1998.001.03068. Relator Desembargador Eduardo Sócrates Sarmento, data da publicação: 1 de dezembro de 1998.

<sup>74</sup> Art. 29. Praticar atos danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência". BRASIL, **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº. 1264/1988. Brasília: Editoração Eletrônica, 2003, p.25.

Desta maneira, uma vez que não é caracterizada a culpa não existe responsabilidade. Nesse entendimento, podemos citar os ensinamentos de Grácia Cristina Moreira do Rosário:

(...) não sendo caracterizada a culpa não há responsabilidade, pois o direito brasileiro não acolhe a tese do risco profissional. A responsabilidade médica é o fardo que pesa sobre o médico de suportar as conseqüências oriundas de certas falhas por ele cometidas no exercício da medicina, podendo nascer uma duplicidade de ação, na esfera cível e penal, respectivamente. Em contrapartida, a responsabilidade é uma segurança para o médico prudente, consciencioso e culto, sendo também barreira contra os pedidos fantasiosos e caprichosos dos clientes descontentes<sup>75</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor prescreve a responsabilidade médica mediante a verificação da existência de culpa. Os tribunais têm entendido a responsabilidade do médico como subjetiva e a dos hospitais e clínicas como objetiva, baseada na teoria do risco, qualificando assim a responsabilidade independentemente de culpa<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> ROSÁRIO, op.cit., p.43.

<sup>76</sup> Brasil, **Tribunal de Alçada do Paraná**. RESPONSABILIDADE CIVIL - AUTORA VÍTIMA DE INFECÇÃO HOSPITALAR - TEORIA DO RISCO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - HOSPITAL QUE NÃO CONSEGUE PROVAR QUE A INFECÇÃO, CONTRAÍDA NO ESTABELECIMENTO, TEVE CAUSA ENDÓGENA - DANO MORAL - DEVER DE INDENIZAR - LUCROS CESSANTES - MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE DIVERGÊNCIA - DEVOLUÇÃO INTEGRAL DA MATÉRIA - APURAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES EM LIQUIDAÇÃO - EMBARGOS REJEITADOS - 1. É ainda controvertida a adoção da teoria do risco na responsabilidade civil decorrente de infecção hospitalar. 2. Nada obstante, na prestação de serviço hospitalar, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao hospital demonstrar que inexistiu defeito e que a culpa pela infecção hospitalar foi do paciente ou de terceiro. 3. "Se o voto vencido deu pela integral improcedência da ação, a devolução é total, não ficando restritos os embargos unicamente a essa questão, mas podendo estender-se a todas as questões acessórias com ela relacionadas" (RSTJ 76/208). 4. Se a autora, em decorrência da infecção hospitalar, restou impossibilitada de exercer as funções habituais ou perdeu parte da capacidade laborativa, impõe-se o dever de indenizar os lucros cessantes, como ficar apurado, em liquidação de sentença. EI 104.209-1/01 Relator. Juiz Conv. Noeval de Quadros, data da publicação: 05.06.1998.

## 4 ANÁLISE DO ERRO MÉDICO

### 4.1 AVALIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Para que possa ocorrer a responsabilidade médica, faz-se necessária à verificação de certas circunstâncias. No entendimento de Hélio Gomes, citado por Hildegard Giostri, existem cinco elementos necessários que são: o agente (que é o médico); o ato profissional (ocorrido no exercício da profissão); a culpa (imperícia, imprudência ou negligência); o dano (que pode abranger desde o agravamento da doença, uma lesão, até a morte) e a relação de causa e efeito entre o ato e o dano (a ação ou omissão do médico que gerou o dano) <sup>77</sup>.

No entendimento de Teresa Ancona Lopez, a culpa médica não precisa ser grave nem com erros grosseiros, apenas certa<sup>78</sup>. Nestes termos, devem ser apreciadas certas circunstâncias, veja-se:

1º) Se houve infração contratual, ou seja, descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato. Neste ponto, leva-se em conta se a obrigação é de meio ou de resultado.

2º) Se houve infração de dever extracontratual, isto é, lesão a direitos subjetivos, como saúde, integridade física, vida.

3º) A circunstâncias objetivas do dano; como local, a espécie e extensão da lesão. A medida do dano vai resultar no tamanho da indenização.

---

<sup>77</sup> GOMES, Hélio, **Medicina Legal**. 1 ed . Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 133 *apud* GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p.47.

<sup>78</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3. ed. ver. atual. e amp. São Paulo: R.T , 2004, p.113.

4º) As circunstâncias subjetivas da vítima e do ofensor. Compreendem tanto a saúde, como também a parte psicológica do paciente.

5º) Dever de informação. Regra basilar de qualquer tratamento ou intervenção presente também durante o processo de tratamento.

6º) O consentimento do paciente ou de seus familiares, expresso ou tácito.<sup>79</sup>

Ainda, quando da análise da culpa médica, deve-se levar em consideração que, em todo ato médico há uma série de incidentes que podem ocorrer, são as chamadas intercorrências<sup>80</sup>.

Se, sabendo que uma intercorrência pode acontecer ao médico, ele deve tomar os devidos cuidados para que ela não ocorra, ou se ocorrer, que suas implicações sejam as menos nefastas possíveis, o médico não pode ser responsabilizado. Porém, se o dano ocorreu e ele não se havia utilizado de todos os meios possíveis - e ao seu dispor – então sua responsabilidade há que ser apurada.

O médico trabalha dentro de um conjunto biológico, com casos patológicos cuja afecção tem seus próprios riscos de evolução, podendo levar o paciente à melhora satisfatória, à cura, quanto à morte ou as seqüelas de maior ou menor gravidade, daí a dificuldade, mesmo para um perito, apontar a culpa médica<sup>81</sup>.

Para comprovar a culpa médica, deve-se estabelecer que foi a intervenção do médico a causa do dano, e não o estado grave do paciente, para depois comprovar que a prestação devida pelo médico foi mal executada, pois a culpa médica não pode ser presumida, ela há de ser claramente provada.

Quando um paciente apresenta um estado grave, é necessário saber se aquele quadro não contribuiu para o dano.

É necessário que o médico use de todos os meios para executar sua

---

<sup>79</sup> LOPEZ, op.cit., p. 113.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> Idem.

obrigação, avaliando cada paciente minuciosamente. Em assim procedendo, o médico poderá se exonerar de culpa caso o imprevisível, ou diferente do esperado, venha a ocorrer com o paciente.

Sob esse enfoque, é importante o parecer Flamínio Fávero:

Não é excepcional que um dano apontado seja a continuidade do próprio estado de mórbido de conseqüências irreparáveis ou que uma preexistência mórbida despercebida e imprevisível, torne fatal, por exemplo, uma intervenção cirúrgica feita segundo os requisitos da ciência e da arte. Então não há imperícia, negligência ou imprudência. O dano surgido seria um acidente, um fato sucedido<sup>82</sup>.

Portanto, para que possa ocorrer a responsabilidade médica, faz-se necessária à verificação de certas circunstâncias, sejam elas objetivas ou subjetivas.

#### 4.2 ATIVIDADE MÉDICA: OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

A obrigação de meio é aquela em que o devedor deve simplesmente empregar determinado meio sem se preocupar com o resultado. O serviço do médico, sob esse enfoque, é de usar todos os meios indispensáveis para a cura do paciente, mas sem assegurar o resultado pretendido. Na obrigação de resultado, o devedor obriga-se a alcançar determinado fim sem o qual a obrigação não é cumprida, ou seja, ou atinge o resultado pretendido ou tem de arcar com as conseqüências<sup>83</sup>.

Segundo os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto, a obrigação do médico

---

<sup>82</sup> FÁVERO, Flamínio, **Medicina Legal**: deontologia médica e medicina profissional. 8. ed. São Paulo: Martins, 1966, p. 70.

<sup>83</sup> LOPEZ, op.cit., p. 70.

pode ser caracterizada como:

A obrigação contraída pelo médico é espécie do gênero obrigação de fazer, em regra fungível, que pressupõe atividade do devedor, energia de trabalho, material ou intelectual, em favor do paciente (credor). A prestação devida pelo médico é sua própria atividade, consciente, cuidadosa, valendo-se dos conhecimentos científicos consagrados - em busca da cura<sup>84</sup>.

No tocante à citação acima, vale salientar que da obrigação do médico enquanto obrigação de meio decorre a existência de uma obrigação fungível, haja vista a possibilidade de troca do profissional que proporciona o tratamento médico.

Em contrapartida, na obrigação de resultado, por se tratar da satisfação de uma vaidade e a busca de uma aparência física pretendida, o paciente não se submete às técnicas do médico por delas necessitar, mas por ter optado e contratado os serviços de determinado profissional. Assim, nota-se que nas intervenções que visam um resultado específico, como no caso da cirurgia plástica estética, a obrigação dela decorrente é, via de regra, infungível<sup>85</sup>.

Como regra geral, a obrigação dos médicos, assim como dos advogados, é de meio, isto é, o profissional deve prestar assistência com prudência, perícia e de forma diligente, visando restabelecer a saúde do paciente.

Com relação à obrigação de meios, transcrevemos os dizeres de Grácia Cristina Moreira do Rosário.

---

<sup>84</sup> KFOURI NETO, **Culpa**, op.cit., p.226.

<sup>85</sup> Posição essa controvertida na doutrina e na jurisprudência. (N.A) BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. CIVIL. CIRURGIA. SEQÜELAS. REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO. CULPA. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. 2 - Em razão disso, no caso de danos e seqüelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva. 3 - Inteligência dos arts. 159 e 1545 do Código Civil de 1916 e do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. 4 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença. Recurso Especial 196306/ SP (1998/0087588-3) Ministro Fernando Gonçalves data julgamento 03.08.2004, data publicação no diário da justiça 16.08.2004.

Na obrigação de meios, o médico se compromete a prestar assistência de forma diligente, prudente e eficiente, bem como, utilizar todos os meios intelectuais e técnicos disponíveis para atingir o melhor resultado possível, ou seja, restaurar a saúde do paciente<sup>86</sup>.

A obrigação do médico, ainda que no contrato de prestação de serviços fiquem eles obrigados a uma prestação mais abrangente, incluindo o resultado almejado pelo paciente, seus atos não dependem exclusivamente deles, mas também de fatores externos, como, por exemplo, a própria reação do paciente.

Corroborando com o entendimento acima calcado, entende Irany Novah Moraes que:

(...) se o erro só pode ser estimado pelo resultado, o médico só deve responder pelo que depende exclusivamente dele, e não da resposta do organismo do paciente. Nesta linha, o erro profissional decorrente da falta não imputável ao médico, tanto pelas naturais limitações da medicina como pela impossibilidade de um diagnóstico preciso, não deve ser gerador de responsabilização<sup>87</sup>.

A obrigação de resultado é aquela na qual o médico se compromete em atingir um determinado resultado que é pretendido com a intervenção cirúrgica. Neste tipo obrigacional não existe combate à patologia, mas a busca na maioria das vezes, por um melhoramento de caráter estético.

Miguel Kfoury Neto esclarece:

Na obrigação de resultado, o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação; ou consegue o resultado

---

<sup>86</sup> ROSÁRIO, op.cit., p.83.

<sup>87</sup> MORAES, Irany Novah, **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed. São Paulo: R.T , 2003 p. 54 *apud* GIOSTRI, op.cit., p.136.

avençado, ou deve arcar com as conseqüências. (...) Em outras palavras, na obrigação de meio a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade<sup>88</sup>.

Vale lembrar que na área médica não existe nenhuma presunção de culpa do médico pelo insucesso da cura.

#### 4.3 A CULPA STRICTO SENSU

Conforme as explanações anteriores, a responsabilização do médico deverá ser apurada mediante prova <sup>89</sup>. Ocorrendo inadimplemento contratual por parte do médico, a avaliação do erro deve ser mediante a comprovação de que ele agiu com culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência ou imperícia).

Portanto, cabe ao paciente fazer prova que o médico não agiu com o grau de diligência razoável e houve descumprimento culposo.

No nosso país, prevalece a orientação de que cabe ao autor o ônus de provar a culpa do profissional médico nas relações contratuais e delituais de natureza privada <sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> KFOURI NETO, **Culpa**, op.cit., p. 70.

<sup>89</sup> Ibidem, p.89

<sup>90</sup>BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do SUL**. ACAO DE INDENIZACAO. RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL DE CIRURGIADENTISTA E DE MÉDICO ANESTESISTA. CULPA INEXISTENTE. Não pode haver presunção de culpa unicamente porque sobreveio a morte do menor após a cirurgia destinada a correção de arcada dentária, hora e meia após ingressar na sala de recuperação . A culpabilidade somente pode ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligencia ou imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais utilizaram-se de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados com os habituais cuidados pré e pos operatórios, somente uma prova irretorquível poderia levar a indenização pleiteada não tendo sido demonstrada o nexo causal entre a cirurgia e o evento morte correta esteve a sentença dando improcedência da ação. apelação improvida. Apelação Cível Nº. 589045657, Apelado: Rui André Volkmer, advogado: Rolf Hanssen Madaleno, apelante Jose Salvador Pelufo, advogado: Jurandir Gonçalves, Relator: Des.Flávio Pancaro da Silva, Data do julgamento 28/09/1989.

Para Genival Veloso de França, a negligência<sup>91</sup> médica caracteriza-se pela inação, indolência, inércia e passividade. É um ato omissivo<sup>92</sup>.

Ressalta, porém, que acontecimentos de negligência que geram danos ao paciente podem ser produto de preguiça ou desinteresse por parte do médico, mas, também, podem ser obra de cansaço e sobrecarga de serviços devido às condições de labor impostas a muitos médicos em hospitais e postos de saúde.

O Código de Ética Médica esclarece que o médico tem, até certo ponto, o direito de escolher seus pacientes e ele não é obrigado a atender qualquer um, indiscriminadamente: "o médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje"<sup>93</sup>.

Porém, esta prerrogativa não é incondicional, visto que no mesmo artigo dispõe, "salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente"<sup>94</sup>. Neste mesmo sentido, o código repete sua disposição no artigo 58 quando veda ao médico "deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo"<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR - PARTO - NEGLIGÊNCIA - ERRO MÉDICO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - HOSPITAL - DANOS CAUSADOS A PACIENTE - Negligência caracterizada pela não observância dos deveres que as circunstâncias exigem. Parturiente que, após o parto, no hospital, sofre traumatismo raqui-medular, que vem a lhe ocasionar paraplegia. Caracterizado erro médico e hospitalar, que causaram danos a paciente internada em hospital, não se pode deixar de responsabilizar o nosocômio pelo pagamento de indenização em conjunto com os Funcionários que agiram com culpa grave. Apelação Criminal 5617/96 Relator: Des Marianna Pereira Nunes, data julgamento 25.02.1997.

<sup>92</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 6 ed., São Paulo: Fundo Editorial Byk, 1995.p.283.

<sup>93</sup> "Art. 7º O médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente." BRASIL, **Código de Ética** op.cit., p.16.

<sup>94</sup> Idem

<sup>95</sup> "Art 58 Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo". Ibidem, p.33.

O artigo 35 traz a vedação ao médico em "deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria" <sup>96</sup>. Este artigo denomina a omissão de socorro o fato do plantonista, mesmo estando em greve, retirar-se de setores de urgência e emergência, se isso colocar em risco a vida de pacientes.

O artigo 37 da mesma resolução caracteriza como erro culposo a negligência pela qual o médico deixa "de comparecer a plantão em horário preestabelecido, salvo por motivo de força maior" <sup>97</sup> ou deixa "de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente" <sup>98</sup>.

Outros casos de negligência no Código de Ética são: "Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal" <sup>99</sup>, "deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou seu responsável legal" <sup>100</sup> e "deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade, ao ser substituído no final do turno de trabalho" <sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> "Art. 35: Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria." BRASIL, **Código de Ética**: op.cit.,p.26.

<sup>97</sup> "Art. 37: Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por motivo de força maior." Idem.

<sup>98</sup> "Art. 57: Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente". Ibidem, p.16.

<sup>99</sup> "Art. 59: Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal." Ibidem, p. 33.

<sup>100</sup> "Art. 83: Deixar de fornecer o outro médico informações sobre o quadro clínico do paciente, desde que autorizado por este ou seu responsável legal" Ibidem, p. 40.

<sup>101</sup> "Art. 84: Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade, ao ser substituído no final do turno de trabalho" Idem.

O artigo 37 traz vedação ao médico de abandonar o plantão, "salvo por motivo de força maior" <sup>102</sup>, enquanto o artigo 36 proíbe-o de "afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave" <sup>103</sup>.

Na imprudência, não há culpa comissiva. Age com imprudência o profissional que tem atitudes injustificadas, precipitadas, sem usar de cautela <sup>104</sup>.

No campo médico, a dificuldade reside em distinguir a imprudência da imperícia. A imprudência sempre decorre da imperícia, pois o médico, mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária detém sua ação <sup>105</sup>.

Alguns autores entendem que a imperícia e a imprudência não podem coexistir num mesmo comportamento, uma exclui necessariamente a outra. O médico é imprudente quando, tendo perfeito conhecimento do risco e também não desconhecendo a ciência médica toma a decisão de agir assim mesmo <sup>106</sup>.

O Código de Ética Médica em seu artigo 62 traz possibilidade de imprudência quando o médico "prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente cessado o impedimento" <sup>107</sup> e no artigo 39 que impede ao médico: "Receitar ou atestar de

---

<sup>102</sup> "Art. 37: Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por motivo de força maior" BRASIL, **Código de Ética**, op.cit., p. 26.

<sup>103</sup> "Art. 36: Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave". Idem.

<sup>104</sup> KFOURI NETO, **Culpa**, op.cit., p.93.

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> AVECONE, Pio **La responsabilità penale del medico**, Padova: Francesco Vallardi, 1981, p.23 *apud* KFOURI NETO, **Culpa**, Idem

<sup>107</sup> "Art. 62: Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente cessado o impedimento" BRASIL, **Código de Ética**, op.cit., p 35. .

forma secreta ou ilegível, assim como assinar em branco folhas de receituários, laudos, atestados ou quaisquer outros documentos" <sup>108</sup>.

No mesmo sentido, temos o artigo 46 que preceitua que é vedado "efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida" <sup>109</sup>, "desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida" <sup>110</sup>; "opor-se à realização de conferência médica solicitada pelo paciente ou seu responsável legal" <sup>111</sup>, "participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspensão dos meios artificiais de prolongamento da vida de possível doador, quando pertencente à equipe de transplante" <sup>112</sup>; "deixar, em caso de transplante, de explicar ao doador ou seu responsável legal, e ao receptor, ou seu responsável legal, em termos compreensíveis, os riscos de exames, cirurgias ou outros procedimentos" <sup>113</sup>.

A imperícia é a ausência de observação das normas, insuficiência de conhecimento de técnico da profissão <sup>114</sup>, o despreparo prático ou uma incapacidade

---

<sup>108</sup> "Art. 39: Receitar ou atestar de forma secreta ou ilegível, assim como assinar em branco folhas de receituários, laudos, atestados ou quaisquer outros documentos médicos" BRASIL, **Código de Ética**, op.cit., p 29.

<sup>109</sup> "Art. 46: Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida." Idem.

<sup>110</sup> "Art. 56: Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida" Ibidem, p 33.

<sup>111</sup> "Art. 64: Opor-se à realização de conferência médica solicitada pelo paciente ou seu responsável legal". Ibidem, p 35.

<sup>112</sup> "Art. 72: Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspensão dos meios artificiais de prolongamento da vida de possível doador, quando pertencente à equipe de transplante". Ibidem, p 37.

<sup>113</sup> "Art. 73 - Deixar, em caso de transplante, de explicar ao doador ou seu responsável legal, e ao receptor, ou seu responsável legal, em termos compreensíveis, os riscos de exames, cirurgias ou outros procedimentos." Idem.

<sup>114</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Homicídio culposo, médico que, ao submeter paciente a uma vídeo – laparoscopia, lesionou a sua aorta, provocando-lhe hemorragia interna, subseqüentes paradas cardiorrespiratórias e morte – comprovação, nos autos, de que o réu cercou-se de toda a cautela necessária para a realização do ato, seguindo no seu procedimento todas as normas exigidas e a técnica recomendada internacionalmente. Existência de mera suspeita e não prova, de eventual imperícia do acusado, absolvição com fundamento no artigo VI

para exercer determinada profissão por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários<sup>115</sup>.

O Código de Ética considera imperícia quando o médico delega a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica<sup>116</sup> ou quando acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina, ou com profissionais ou instituições médicas que pratiquem atos ilícitos<sup>117</sup>.

Portanto, quando da ocorrência de a morte, lesão ou incapacidade, a vítima deve provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* – negligência, imperícia ou imprudência – para poder ser ressarcida<sup>118</sup>.

#### 4.4 A TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é o direito que possui o paciente de participar de todas as decisões acerca de seu tratamento, bem como a garantia de sua integridade psíquica e física. Ao paciente devem ser conferidas informações sobre os riscos e benefícios envolvidos no tratamento ou intervenção cirúrgica, assim

---

do art. 386 do CPP. O medico denunciado por homicídio culposo que, ao submeter paciente a um vídeo – laparoscopia lesionou a sua aorta, provocando-lhe hemorragia interna, subseqüentes paradas cardiorrespiratórias e morte, na hipótese em que resta comprovado nos autos que o réu cercou-se de toda a cautela necessária para a realização do ato, seguindo seu procedimento a técnica internacionalmente recomendada, o que demonstra a existência de mera suspeita e não prova eventual imperícia do acusado. Apelação: 1325361 / 0. Relator: Souza Nery, data do julgamento: 12/12/2002.

<sup>115</sup> KFOURI NETO, **Responsabilidade**, op.cit., p.32.

<sup>116</sup>“Art. 30 - Delegar à outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica” BRASIL, **Código de Ética**, op. cit, p 29.

<sup>117</sup>“Art. 38 - Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina, ou com profissionais ou instituições médicas que pratiquem atos ilícitos” Ibidem, p 26.

<sup>118</sup>BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO ESTÉTICO - ERRO MÉDICO NÃO - CONFIGURADO - O tratamento ministrado a paciente sendo o adequado a moléstia apresentada, submetido com as cautelas recomendadas e não havendo prova de ter o profissional da medicina se equivocado, por imprudência, negligência ou imperícia, ao ministra-lo, não há como pretender a obrigação de indenizar, porque não-configurado comportamento culposo que implique responsabilidade civil. Recurso improvido. AC 598014397. Relator: Des. João Pedro, data do julgamento 07.04.1999.

como meios alternativos, se existirem, para que se configure a livre opção de escolha pelo paciente.

Para Fernando Noronha, o consentimento informado é "pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente, e a informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitem dar, ou não, o consentimento" <sup>119</sup>.

Neste escopo, a integridade física e psíquica do homem é pensada a partir da idéia de intangibilidade do sujeito, mas leva em consideração a possibilidade desse sujeito dispor livremente de seu corpo. Importante ressaltar que a disposição do corpo, embora possa atingir a integridade física do sujeito, não resulta em violação por vir sempre precedido pelo consentimento <sup>120</sup>.

O respeito dispensado ao paciente pressupõe o dever de informação, que possui fulcro nos princípios da transparência e da boa-fé. O médico, assim, deve prestar esclarecimentos ao paciente, para que este compreenda os dados do seu estado de saúde, os riscos envolvidos no tratamento, as possíveis seqüelas e os cuidados a serem tomados, para somente então, decidir em conjunto com o médico sobre o tratamento a ser realizado.

O Código Civil consagrou a teoria do consentimento informado em seu artigo 15 quando preceitua " Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica" <sup>121</sup>.

A informação deve ser clara, objetiva e em linguagem compatível com o paciente, haja vista que o direito de informação, como anteriormente mencionado, vem garantido no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor <sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> NORONHA op.cit., p. 400.

<sup>120</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. 1 ed Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p.81.

<sup>121</sup> BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 222.

O artigo 67 do Código de Ética Médica proíbe ao médico "desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo ou conceptivo, devendo o médico sempre esclarecer sobre a indicação, a segurança, a reversibilidade e o risco de cada método" <sup>123</sup>.

Denota-se, portanto, que a omissão do médico em informar ao paciente sobre o tratamento a que será submetido, bem como tratamentos alternativos, pode ser classificada como negligência capaz de causar a responsabilização. Neste escopo, Jose Antonio Peres Gediel explicita:

A manifestação da vontade ou consentimento aparece como exigência ética e requisito jurídico de validade para todos os atos lícitos que resultem em ingerência no organismo humano, com fins terapêuticos ou não, em respeito ao direito à integridade física e ao princípio da autonomia corporal do sujeito, constitucionalmente assegurados <sup>124</sup>.

Assim, o consentimento deve ser precedido de aconselhamento profissional acerca da própria intervenção e as conseqüências dela decorrentes.

---

<sup>122</sup> "Art. 6º: São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; 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; IX - (Vetado.) X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. BRASIL. **Código Consumidor**, op.cit., p. 532.

<sup>123</sup> BRASIL, **Código de Ética**. op.cit., p 35.

<sup>124</sup> GEDIEL, op.cit., p.177.

## 5 OS DANOS PROVOCADOS POR ERRO MÉDICO

### 5.1 A NATUREZA DOS DANOS MÉDICOS

Em toda responsabilidade profissional, ainda que haja contrato, existe sempre uma conduta profissional a ser examinada.

Na atividade médica, a exemplo de outras profissões liberais, pode haver claramente um contrato, ainda que tácito<sup>125</sup>.

Quando o paciente contrata com o médico para uma consulta, ou tratamento, o negócio jurídico é nitidamente contratual, oneroso e comutativo. A iniciativa do médico é unilateral, quando passa a tratar de pessoa, ainda que contra a vontade dela e a responsabilidade profissional emerge da conduta e não do contrato<sup>126</sup>.

A relação médico-paciente pode ser considerada de natureza estatutária, se o profissional for de hospital pertencente ao Estado<sup>127</sup>.

Os médicos também atuam como empregados ou prepostos de hospitais, clínicas, casas de saúde e associações ou nos chamados convênios. Essas entidades se qualificam como fornecedor de acordo com o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor<sup>128</sup>. No Código Civil, essas pessoas, ainda que com

---

<sup>125</sup> VENOSA, op.cit., p.95.

<sup>126</sup> Idem.

<sup>127</sup> Conforme o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, o médico que atua como funcionário público, causando dano a paciente, deve ser absorvido pela responsabilidade objetiva. O estado terá regresso contra o médico se ele tiver agido com culpa. Art. 37: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006, p. 53.

<sup>128</sup> “Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção,

personificação incompleta, são responsáveis por ato de seus prepostos, nos termos do artigo 932, III<sup>129</sup>. Amplia-se, no entanto, essa responsabilidade com a lei do consumidor<sup>130</sup>.

Diante o exposto, conclui-se que na atividade médica existe ou pode existir responsabilidade contratual, mas também, como em qualquer outra atividade uma obrigação genérica de não causar dano.

## 5.2 O DEVER DE INDENIZAR

Como mencionado anteriormente, um dos pressupostos da responsabilidade é o dano (toda ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica), que pode ser patrimonial, de natureza material ou econômica, refletindo-se no patrimônio do lesado, ou extra-patrimonial, relativo a valores de ordem espiritual<sup>131</sup>.

A agressão à pessoa pode ocasionar prejuízos de variadas naturezas: morte, doenças, incapacidades orgânicas ou funcionais; de ordem psíquica, sexual ou social, ou frustração do projeto de vida da vítima.

Por isso, faz-se necessário a aferição do estado anterior do paciente para verificar se ele apresentava deficiências das quais se adiciona com a intervenção médica.

---

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. BRASIL. **Código do Consumidor**, op.cit., p. 531.

<sup>129</sup> “Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil. III. o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. BRASIL. **Código Civil**, op.cit.,p. 233.

<sup>130</sup> VENOSA, op.cit., p.95.

<sup>131</sup> ALMEIDA COSTA, **Direito das obrigações**, 7 ed. Coimbra: Almedina,1998. p. 389.

O dano deve ser considerado como um prejuízo a um direito, que produza imediato reflexo no patrimônio material ou imaterial do ofendido, de forma a acarretar-lhe a sensação de perda<sup>132</sup>.

Os danos médicos podem ser corporais (ou físicos), materiais ou morais. Os danos físicos, em sua maioria geram como conseqüências os danos materiais (patrimoniais): lucros cessantes, despesas médico-hospitalares, medicamentos, viagens, contratação de enfermeiros etc.<sup>133</sup> Esses compreendendo ainda o dano emergente<sup>134</sup>. Os danos patrimoniais sobrevivendo morte, privam-se os beneficiários da renda auferida pelo falecido, e aí surge dano também indenizável<sup>135</sup>.

O dano patrimonial consiste em uma violação de interesses diretamente suscetíveis de valoração em dinheiro<sup>136</sup>. Tradicionalmente, define-se o dano patrimonial como sendo a diferença entre o que se tem e o que se teria se não tivesse ocorrido evento danoso<sup>137</sup>.

O dano emergente versa num *déficit* real e efetivo no patrimônio da vítima, isto é, numa sólida redução do seu patrimônio. A eventual condenação por dano emergente poderá processar-se de duas formas: o lesante será condenado a proceder o reparo do bem ou pagar o valor relativo às obras necessárias para essa reparação. A condenação por dano emergente tem como condão a restauração do patrimônio da vítima ao estado anterior<sup>138</sup>. Se a obrigação inadimplida versar em

---

<sup>132</sup> REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. v.1 4 ed Rio de Janeiro: Forense, 2002 p. 04

<sup>133</sup> KFOURI NETO, **Responsabilidade** op.cit., p.104.

<sup>134</sup> DINIZ, op.cit., p.48.

<sup>135</sup> KFOURI NETO, **Responsabilidade**, op.cit., p.104.

<sup>136</sup> NORONHA, op.cit., p. 566.

<sup>137</sup> Chamada "teoria da diferença", devida a reelaboração de Fiedrich Monnsen, que converteu o dano em uma equação matemática de forma objetiva e calculável. MORAES, Maria Celina Bodin de, **Danos a pessoa humana: uma leitura civil- constitucional dos danos morais** . v.1 Rio de Janeiro: Renovar , 2003, p. 143.

<sup>138</sup> DINIZ, op.cit., p.53.

pagamento em dinheiro, esta deve ser estabelecida com a incidência de juros de mora e custas processuais, sem prejuízo da pena convencional<sup>139</sup>.

O lucro cessante é a privação de um ganho pela vítima, ou seja, o lucro que ela deixou de receber, em razão do prejuízo que lhe foi causado. Ressalta-se que a mera possibilidade não é suficiente, embora não se exija uma certeza absoluta<sup>140</sup>.

Aquele que padece um dano moral tem direito a uma satisfação de cunho compensatório<sup>141</sup>.

Sobre a indenização do dano moral no erro médico, observa Gerson Luiz Carlos Branco:

Apesar disto, entendemos que não existe motivo jurídico para não indenizar o dano moral decorrente de mera conduta culposa. No caso da responsabilidade civil do médico a possibilidade destes danos é maior, principalmente considerando que o dano moral tem por objeto a dor física e emocional, sempre presente quando há ação culposa do médico. Havendo dano provocado por conduta culpável, deve ser indenizado, mesmo que de ordem moral<sup>142</sup>.

Nesse sentido, afirma Teresa Ancona Lopes:

Na verdade, portanto, não há equivalente da dor em dinheiro. Não há o que se chama de *pecunia doloris* ou *pretium doloris*, e, sim, a compensação ou benefício de ordem material, que permita ao lesado obter prazeres e distrações que, de algum modo, atenuem sua dor<sup>143</sup>.

<sup>139</sup>“Art. 404 do Código Civil: As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”. BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 210.

<sup>140</sup> DINIZ, op.cit., p.53.

<sup>141</sup> Fala-se em compensação, já que o dano moral não é indenizável. A palavra "indenizar" provém do latim, "*in dene*", que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, abolir o prejuízo e suas implicações - o que não é possível no caso de uma lesão de ordem extra-patrimonial. Elege-se compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral. MORAES, Maria op.cit., p. 145.

<sup>142</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico**. São Paulo: R.T, 1996, p.68.

<sup>143</sup> LOPEZ, op.cit., p.106.

Os danos morais incorporam os danos estéticos, a dor sofrida, o mal-estar experimentado, a frustração e uma infinidade de outras situações, sobretudo vinculadas aos direitos da personalidade<sup>144</sup>.

O dano estético consiste em qualquer alteração morfológica da pessoa, abrangendo deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto numa deformidade da vítima, consistindo numa simples lesão ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa<sup>145</sup>.

O dano estético é caracterizado por lesão à beleza física, harmonia das formas externas de alguém. O dano estético, como o dano moral representa uma ofensa ao direito de personalidade<sup>146</sup>.

Teresa Ancona Lopez afirma que:

Em matéria de prejuízos estéticos, como prejuízos morais, não se pode falar em reparação natural, nem em indenização propriamente dita. Nesses casos não há ressarcimento e sim compensação ou benefício de ordem material, que permite ao lesado obter confortos e distrações que, de algum modo atenuam sua dor<sup>147</sup>.

Quanto ao momento adequado para avaliação de um dano estético, eis o que ensina Teresa Ancona Lopez:

No caso do dano estético, pensamos que a solução mais equitativa seria a sua apreciação, o mais tarde possível, de preferência no momento do julgamento, tendo ainda o juiz que considerar as possibilidades de mudanças futuras. Suponhamos que determinada pessoa sofreu uma série de ferimentos no rosto, em consequência de um tratamento de pele. Se esta

---

<sup>144</sup> KFOURI NETO, **Responsabilidade**, op.cit., p.104.

<sup>145</sup> VIEIRA, Lopes, **Medicina judiciária e pericial: jurisprudência médica**, 1 ed, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1908,p. 456 *apud* DINIZ, Maria Helena op.cit., p.61

<sup>146</sup> KFOURI NETO, **Responsabilidade**, op.cit., p.104.

<sup>147</sup> LOPEZ, op.cit., p.115.

pessoa propuser ação de indenização imediatamente, alegando não só danos materiais, mas também estéticos, poderá cometer uma injustiça com o autor do prejuízo, pois tais feridas podem cicatrizar-se perfeitamente, não deixando sinais. Caso já tenha recebido a indenização, terá tido um enriquecimento sem causa. De outro lado, podemos pedir danos morais pelos padecimentos que passou durante esse período. (...) Pensamos que, se na época do julgamento a vítima tivesse feito, por sua conta, tratamento ou cirurgia que lhe tivessem melhorado a aparência, ou mesmo eliminado a lesão que havia sofrido, deveria o réu ser somente condenado a ressarcir os gastos com a cura e, caso houvesse restado alguma lesão permanente, deveria ser condenado também nesta parte, além de eventual dano moral<sup>148</sup>.

Portanto, se constatado que estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, bem como, se demonstrado que o médico agiu com culpa *stricto sensu* devem ser indenizados os valores decorrentes de todos os danos que o lesionado experimentou, sejam eles corporais materiais ou morais.

### 5.3. O DEVER DE PAGAR INDENIZAÇÕES FUTURAS

A atualidade ou potencialidade do dano é imprescindível para a determinação do teor do dano e do momento em que ele se produziu. O dano pode ser presente (atual) ou futuro (potencial), desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação<sup>149</sup>.

A problemática no que concerne o processo indenizatório em sede de responsabilidade civil é do pagamento futuro das prestações alimentícias devidas pelo lesionador condenado conforme disposição do artigo 948 e 950<sup>150</sup> do Código Civil.

---

<sup>148</sup> LOPEZ, op.cit., p.113.

<sup>149</sup> DINIZ, op.cit., p.51.

<sup>150</sup> “Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”. “Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

O dispositivo legal em epígrafe refere-se exclusivamente à prestação de alimentos incluída na indenização por ato ilícito, restrito às hipóteses de homicídio (art. 948 CC) e lesões corporais que acarretem redução ou incapacidade para o trabalho (art. 950 CC), não compreendendo os alimentos devidos a título de parentesco ou resultantes do direito de família<sup>151</sup>.

O artigo 950 do Código Civil<sup>152</sup> preceitua que se o dano resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer a sua profissão, ou que diminua sua capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Sendo que no parágrafo único se admite o pagamento da indenização de uma só vez.

Porém, a Súmula 313 do STJ impõe:

Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento de pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

No caso de pensão alimentícia, é inaceitável a prisão do devedor pelo não pagamento do valor. Neste sentido Rui Stoco:

---

exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu". BRASIL. **Código Civil**. op.cit., p. 234.

<sup>151</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 646.

<sup>152</sup> BRASIL. **Código Civil**. op. cit., p. 234.

Para nós dúvida não resta de que os créditos nascidos dos atos ilícitos não têm natureza alimentar, nem hereditária, posto que traduzem mero ressarcimento de um prejuízo ou dano efetivo causado a terceiro<sup>153</sup>.

Em caso de homicídio o artigo 948 do Código Civil<sup>154</sup> prevê a indenização com o tratamento, funeral e luto da família, bem como, na prestação de alimentos a quem o defunto devia.

No que se refere aos alimentos mencionados no inciso II do artigo 948<sup>155</sup>, chega-se a conclusão que:

É indenizável o acidente que cause a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado<sup>156</sup>.

Desta forma, deve haver reparação de todos os danos sofridos pela vítima, sejam eles morais ou materiais, presentes ou futuros.

---

<sup>153</sup> STOCO, op.cit., p.145.

<sup>154</sup> BRASIL. **Código Civil**. op. cit., p. 234.

<sup>155</sup> Idem

<sup>156</sup> Súmula 491 do STF “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. BRASIL. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**: Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006, p. 1544.

## 6 O VALOR DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

### 6.1 AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS NA FIXAÇÃO DO *QUANTUM*

Em nossos tribunais existem controvérsias quanto a fixação do *quantum* indenizatório para ressarcimento dos danos decorrentes da responsabilidade civil, posto não haver dispositivos legais específicos. Por isso, a grande dificuldade de estabelecer a indenização e a discrepância das decisões proferidas.

O Código Civil dispõe em seu artigo 951, um preceito para o uso de artigos seus na liquidação de uma condenação por erro médico:

O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho<sup>157</sup>.

Na definição de Miguel Kfoury Neto:

Liquidar o dano consiste em determinar o *quantum*, em pecúnia, que incumbirá ao causador despende em prol do lesado. Se não houver adimplemento espontâneo da obrigação assim tornada certa, recorrer-se-á à execução<sup>158</sup>.

A liquidação dos danos emergentes deverá ser de acordo com os preceitos do artigo 949 do Código Civil:

---

<sup>157</sup> BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 234.

<sup>158</sup> KFOURI NETO, **Culpa**, op.cit., p.104..

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido<sup>159</sup>.

Os danos emergentes constituem-se numa avaliação numérica, incluindo gastos realizados, bem como comprovação de outros valores que sejam imprescindíveis para o lesionado.

O artigo 948 do Código Civil indica a obrigação do ressarcimento de despesas ocorridas, "sem excluir outras reparações", decorrentes de morte proveniente de erro médico"<sup>160</sup>.

Portanto, a lesão patrimonial dos danos emergentes é de simples avaliação, permitindo a correta recomposição dos prejuízos causados.

A composição dos danos por lucros cessantes deve compreender o período que decorreu entre o fato danoso e a volta do paciente às suas atividades habituais. Para que haja a recomposição, faz-se necessária a comprovação pelo lesado dos produtos que percebia no período do evento danoso, para um cálculo do *quantum debeat* neste tópico da liquidação<sup>161</sup>.

Neste sentido Fabrício Zamprogna Matielo:

Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 234.

<sup>160</sup>“Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima “. BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 233.

<sup>161</sup> STOCO, op.cit. , p. 54.

<sup>162</sup>MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano moral, dano material e reparação**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1995, p.82.

Também os lucros cessantes podem se assinalar como um "o luto da família", previsto no acima citado artigo 948 do Código Civil, em seu inciso I.

A liquidação do dano material obedece ao artigo 944 do Código Civil "A indenização se mede pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir eqüitativamente a indenização"<sup>163</sup> e do artigo 955 "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano"<sup>164</sup>, ambos do nosso Código Civil.

Neste sentido Miguel Kfouri Neto:

Tradicionalmente, tem-se a culpa levíssima, leve e grave. Poderá o juiz, agora, reduzir eqüitativamente a indenização, mediante a aferição do grau de culpa, cuja gravidade influenciará a quantificação em cotejo com a extensão do prejuízo<sup>165</sup>.

O cálculo não delonga maiores complicações já que se devem aferir os danos experimentados, fazendo com comprovação matemática dos prejuízos com a juntada dos comprovantes das despesas.

Neste sentido Humberto Theodoro Júnior:

O autor da ação indenizatória tem o ônus de provar qual foi efetivamente o dano que o erro médico culposos lhe acarretou, sob pena de decair de sua pretensão<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> BRASIL. **Código Civil**. op.cit., p. 234.

<sup>164</sup> Idem

<sup>165</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Graus da Culpa e Redução Eqüitativa da Indenização**. Revista de Direito Médico e sua Saúde Apedimes - Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde, Editora Livro Rápido, Recife - Pernambuco, v. 1, n.1, Janeiro, 2005, p.45.

<sup>166</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos Processuais da ação de Responsabilidade por**

No caso descumprimento da obrigação, dispõem os artigos 389, 398, 405 do Código Civil respectivamente:

Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários do advogado,

Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.<sup>167</sup>

Na mesma linha o STJ - Superior Tribunal de Justiça, através das Súmulas de n<sup>o</sup> 54 e 43 respectivamente:

Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.<sup>168</sup>

No mesmo entendimento o STF - Supremo Tribunal Federal mediante Súmula de n<sup>o</sup>. 562:

Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária<sup>169</sup>.

---

**Erro Médico.** São Paulo: R.T, 760, 1999, p.46.

<sup>167</sup> BRASIL. **Código Civil.** op.cit., p. 202..

<sup>168</sup> BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal Justiça:** Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006, p. 1556

Sendo necessário a produção de novas provas nos autos da liquidação esta se fará por artigos como determina o artigo 475 E do Código Processo Civil "Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo"<sup>170</sup>.

Ainda, se houver necessidade de pensionamento, em situações de morte do lesionado, deve-se levar em consideração no cálculo da pensão mensal de um chefe de família que 1/3 (um terço) da sua remuneração seria utilizada no seu sustento<sup>171</sup>. O pensionamento mensal é manifesto em salários mínimos tendendo reajustes futuros. Neste sentido entende o STF como o enunciado da sua Súmula nº490:

A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil, deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.

Anuncia a jurisprudência do STJ que nos casos de morte de filho menor, o pensionamento deve ser de 2/3 do salário mínimo até o momento em que a vítima completaria 25 anos quando, ao que se presume, constituiria uma nova família e diminuiria, assim, o auxílio prestado. O pensionamento devido à base de 2/3 do salário mínimo, estendendo-se até os eventuais 65 anos da vítima, ou até o

---

<sup>169</sup> BRASIL. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**, op.cit., p. 1544.

<sup>170</sup> BRASIL. **Código Processo Civil**: Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006, p. 356.

<sup>171</sup>BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** O pensionamento aos pais pela morte de filhos não alcança a totalidade do salário, razão pela qual deve comportar abatimento de acordo com as circunstâncias de fato, na presente hipótese, pertinente a fixação em 1/3 (um terço) do seu rendimento, tendo em vista já ser maior de 25 anos. Embargos declaratórios acolhidos, para dar parcial provimento ao recurso especial interposto pelo ora embargante. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 764.779 (2005/0110782-0) Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data julgamento 13.10. 2005.

falecimento dos pais<sup>172</sup>. Se já estiver próxima, a vítima, ao falecer, daquela idade (ou mesmo já tiver ultrapassado), estabelecem os tribunais, em geral, períodos de pensionamento, compatíveis com uma sobrevivida provável. Nestes casos os julgadores podem fixar um número de anos equivalente ao período de 5 (cinco) anos de pagamento de uma pensão aos dependentes do paciente que morreu.

Quanto à duração do pensionamento descreve o Desembargador Clarindo Favretto:

No caso do provimento parcial pela concessão de meio salário mínimo à vítima, quanto à limitação temporal da vigência estabelecida no voto de Vossa Excelência, até os 65 anos de idade, parece-me – já se decidiu assim nesta Câmara – que em caso de lesão à vítima, e não em caso de morte, o pensionamento deva ser vitalício, porque a limitação no tempo seria para o pensionado que ficasse no lugar do morto pela presunção de duração de vida até os 65 anos de idade, que agora as estatísticas provaram ser até 72 anos de idade. Mas tal seria o caso para o pensionado, isto é, para o que fica no lugar do que morreu, que levaria o proveito ao dependente até uma duração presumida de vida; mas quando o próprio lesado é o beneficiário, então seria vitalícia esta pensão. Alertado, porém de que a autora limitou seu pedido até completar 70 anos de idade, este é o limite da lide e neste limite é meu voto<sup>173</sup>.

Sobre a liquidação do dano moral diz Miguel Kfourri Neto:

---

<sup>172</sup> Jurisprudência dominante do STJ. BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ABSOLVIÇÃO. JUÍZO CRIMINAL. ARTIGO 386, INCISO VI, DO CPP: AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL, CÍVEL E ADMINISTRATIVA. PENSIONAMENTO. FILHO MENOR. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO PARCIALMENTE. 1. Dada a independência das instâncias penal, cível e administrativa, o comando inserto no artigo 1.525 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 925 do atual, obsta a discussão sobre a existência do fato e autoria, quando decididas no juízo criminal; diversamente, a improcedência por ausência de prova suficiente para a condenação não elide a responsabilidade civil. 2. Proclama a jurisprudência desta Corte que, nos casos de morte de filho menor, o pensionamento deve ser de 2/3 do salário mínimo até a época em que a vítima completaria 25 anos quando, ao que se presume, constituiria nova família e diminuiria, assim, o auxílio prestado; a partir de então, o pensionamento é devido à base de 1/3 do salário mínimo, estendendo-se até os eventuais 65 anos da vítima, ou até o falecimento dos pais. Recurso conhecido em parte e, na extensão, provido parcialmente. REsp 236404/SC RECURSO ESPECIAL 1999/0098427-7 Relator Ministro Hélio Quaglia Brabosa, data julgamento 15.05.2007.

<sup>173</sup> BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Processo nº 597200633. Relator: Carlos Alberto Bencke, data julgamento 1.10.98.

Grassa funda controvérsia sobre a liquidação do dano moral. Juristas de tendência dogmática posicionam-se contrariamente à fixação do valor desse dano pelo juiz com esteio, tão-só, em seu prudente arbítrio, na equidade, no senso comum, pugnando pela adoção de balizas legais, que vedem a submissão da matéria apenas à moderação do julgador<sup>174</sup>.

Ao que se antepõe Teresa Ancona Lopez:

Contra esse amplo poder discricionário conferido ao juiz há muitas correntes de doutrina e esta é uma das mais fortes razões pelas quais a teoria da reparação dos danos morais não encontra a acolhida que deveria. Todavia, contra essa argumentação, lembramos que mesmo no caso de danos patrimoniais há o uso do poder discricionário do juiz<sup>175</sup>.

José Casillo<sup>176</sup> trouxe ao direito brasileiro a idéia de utilização tabelas para efeito de avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Entretanto, Clayton Reis adverte que “não seria difícil no Brasil adotar semelhante procedimento, se considerarmos a imensa diversidade dos critérios utilizados pelos nossos tribunais”<sup>177</sup>

Sobre o *quantum debeatur*, em caso de dano estético, finalizando a análise da liquidação do dano, o que diz em seu livro Teresa Ancona Lopez<sup>178</sup>.

Para completar o estudo do montante do dano estético temos que mostrar que, neste caso, não é a equivalência que se procura e, sim, uma reparação satisfatória do dano.

<sup>174</sup> KFOURI NETO, **Culpa**, op.cit., p.108.

<sup>175</sup> LOPEZ, op.cit., p.104.

<sup>176</sup> CASSILO, João. **Dano à Pessoa e sua Indenização**. São Paulo: Forense, 1987, p, 187 *apud* REIS, op.cit., p. 96.

<sup>177</sup> Sobre o tema, com muita maestria, o autor apresenta em seu livro casos e propostas para valorar o dano moral. *Ibidem.*, p. 97.

<sup>178</sup> LOPEZ, op.cit., p.105.

Portanto, a liquidação dos danos importa na comprovação de forma ampla dos dispêndios realizados e experimentados, sejam eles de ordem moral, ou patrimonial, todos deverão ser demonstrados para que possa ser feita a liquidação.

## 6.2 OS CRITÉRIOS ADOTADOS PELO PODER JUDICIÁRIO PARA ESTABELECIMENTO DE VALORES INDENIZATÓRIOS

O magistrado assume importante função, pois deverá ser defensor da ordem social. Entretanto, deixará de ser, caso não se possa verificar na decisão o exato equacionamento do litígio, no sentido de restituir a ordem jurídica violada pela ação delituosa<sup>179</sup>.

Desta forma, existem critérios a ser levados em consideração para que o magistrado possa proferir uma decisão equilibrada.

Para a liquidação dos danos materiais deve-se avaliar o poder econômico daquele que sofreu o dano. Deste modo, poderá contabilizar a perda material, qual seja: salarial ou material, em virtude do dano suportado, ou ainda, os lucros cessantes que efetivamente ocorram. Esta responsabilidade tem como condão a reparação do dano e não punir seu lesionador<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> REIS, op.cit., p. 61

<sup>180</sup> Neste sentido temos a exposição do artigo 402 do Código Civil que dispõe: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar". BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 210.

Em contrapartida, os danos morais trazem um caráter punitivo<sup>181</sup> ao causador do ilícito que gerar tais lesões, eis que ofensivas aos direitos da personalidade, sendo esta uma das fundamentais distinções entre os citados institutos.

Tem-se utilizado a analogia para a liquidação dos danos com base nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, partindo dos artigos 944 a 954 do Código Civil; do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº. 4.117/62, artigos. 81 a 88 (alguns suprimidos e derogados pelo Decreto-Lei nº. 236, de 28.2.67); Código Eleitoral, Lei nº. 4.737/65, artigo 243; Lei de Imprensa, Lei nº. 5.250/67, artigos. 49 e 51 a 57; e Lei de Direitos Autorais, Lei nº. 5.988/73, artigos. 25 a 28 e 126.

A magnitude ou relevância do dano ocasionado será determinada principalmente pela gravidade objetiva do dano, pelas características pessoais da vítima e do ofensor<sup>182</sup>, pela extensão do dano<sup>183</sup> e pelas circunstâncias de fato,

---

<sup>181</sup> Neste sentido “Demarcam-se, como dados propiciadores da configuração do dano moral, a necessidade de a ação judicial acarretar a exigível intimidação para que fatos análogos não se repitam, além de se constituir, sob certo aspecto, em forma punitiva civil dirigida ao ilícito, sem desconsiderar que propicia a pecúnia um conforto maior para quem suportou tão grande trauma” CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**. São Paulo: R.T, 2ª ed., 1998 p 177. Em sentido contrário “A maior ou menor repercussão social, a maior ou menor intensidade do dolo ou da culpa, são dados completamente irrelevantes no plano da responsabilidade civil. O valor da indenização a ser proporcionada à vítima deve ser absolutamente desvinculado da gravidade do ato cometido, porque sua função não é punir, mas apenas ressarcir. Desde que o Estado de Direito isolou a responsabilidade penal da responsabilidade civil, para avocá-la inteiramente para si, a vítima perdeu, por completo, o direito de punir aquele que lhe causa prejuízos. A responsabilidade civil, para o ofendido, não é uma ‘questão de vingança’ ou de ‘punção’, mas apenas de ‘reparação’. O objeto da sua ação, por isso, só pode ser ‘perdas e anos” THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 4ª ed. atual. e ampl., 2001, p 59.

<sup>182</sup> BRAISL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. EMBARGOS INFRINGENTES - ACÓRDÃO NÃO-UNÂNIME - FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS - AUSÊNCIA DE PROVA PARA AUMENTO DE VALOR - VALOR FIXADO EQUITATIVAMENTE NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO - EMBARGOS REJEITADOS. A indenização por dano moral deve servir aos propósitos de reparar, punir, desestimular e educar, conforme ensina o Juiz Rubens Cury, do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Jamais será instrumento para o enriquecimento sem causa. Não existe critério objetivo para cálculo da reparação pecuniária do dano moral, que, por definição, nada tem com as repercussões econômicas do ilícito, tanto que é, pois, arbitrável. Ao julgador tocará o arbitramento da indenização cabível, segundo seu elevado critério, e tal paga em dinheiro representará uma satisfação capaz de neutralizar em parte o sofrimento impingido. “Para a fixação do quantum em indenização por danos morais, devem ser levados em conta a capacidade econômica do agente, seu grau de dolo ou culpa, a posição social ou política do ofendido, a prova da dor” Embargos Infringentes nº 2.0000.00.504887-3/001(1) Relator: Jose Antonio Braga, data do julgamento 20.06.2006. (grifo nosso)

<sup>183</sup> Neste sentido preceitua artigo 944 Código Civil “A indenização mede-se pela extensão do dano”. BRASIL. **Código Civil**, op.cit., p. 234.

todas estas que surgirão no processo e que poderão ser matéria específica do provado pelas partes<sup>184</sup>.

Neste sentido:

Civil e processual. Recurso especial. Ação de indenização por dano material e moral decorrente de acidente automobilístico. Falecimento do esposo e filhos dos autores. Critério para fixação do valor da compensação por danos morais. **Condição sócio-econômica da vítima ou do beneficiário.** Inadmissibilidade. **Fixação pela extensão do dano.** Juntada de documentos após a réplica. Possibilidade. Interpretação do art. 396 do CPC. Pesquisa de mercado feita pelo perito, nos termos do art. 429 do CPC. Acompanhamento pelos assistentes técnicos. Desnecessidade. Em se tratando de danos morais decorrentes da perda de um ente querido, a condição sócio-econômica da vítima ou do beneficiário não é critério para a fixação do valor da compensação; porque, seja qual for a condição sócio-econômica da vítima ou do beneficiário, a situação fática que causa dano moral é a mesma para qualquer ser humano, qual seja a perda de uma pessoa querida. Entendimento conforme o princípio constitucional da isonomia. Para a fixação da compensação por danos morais decorrentes da perda de uma pessoa querida, deve-se levar em conta essencialmente a extensão do dano consistente no sofrimento e no abalo psicológico causado pelo falecimento. Consoante o entendimento do STJ, nas instâncias ordinárias, é lícito às partes juntarem documentos aos autos em qualquer tempo (até mesmo por ocasião da interposição de apelação), desde que tenha sido observado o princípio do contraditório; por isso, não há qualquer violação ao art. 396 do CPC, com a juntada de documentos após a réplica. É desnecessário que os assistentes técnicos acompanhem o perito na realização das pesquisas as quais alude o art. 429 do CPC, porquanto eles mesmos (assistentes técnicos) também podem fazer referidas pesquisas e apresentá-las nos respectivos pareceres técnicos; inclusive para contrapor as pesquisas feitas pelo próprio perito. Recurso especial não conhecido (grifo nosso)<sup>185</sup>.

Portanto, cabe aos magistrados fazerem a ponderação no caso sobre as circunstâncias existentes, sejam elas subjetivas ou objetivas, e se conscientizarem de que a decisão proferida deve ser equilibrada aos parâmetros, ou seja, não deve ser insignificante, mas também não pode ser exorbitante, deve ser adequada.

---

<sup>185</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 660267/DF 2004/0086424-3 Relatora Ministra Nancy Andrighi, data do julgamento 07.05.2007.

### 6.3 A CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS, DE DANOS ESTÉTICOS COM DANOS MORAIS.

O dano patrimonial é aquele suscetível de avaliação pecuniária podendo ser restaurado por uma quantia em dinheiro, denominador comum da indenização<sup>186</sup>.

Conforme a Súmula 37 do STJ, se o dano material (patrimonial) e moral decorrerem do mesmo fato, as indenizações serão cumuláveis<sup>187</sup>.

Sobre esse assunto também, por elucidativo, vai transcrito o que diz Arnaldo Marmitt: “dano moral e o dano patrimonial são cumuláveis. Como decorrências autônomas do ato ilícito, cumuláveis também se afiguram o dano moral e o dano estético”<sup>188</sup>.

Portanto, para que haja dano indenizável, será necessária a ocorrência dos seguintes requisitos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado b) efetividade ou certeza do dano, pois a lesão não pode ser hipotética ou conjetural, c) causalidade deve haver relação entre a falta e o prejuízo causado, d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado, e) legitimidade, pois a vítima para que possa pleitear a reparação precisar ser titular do direito atingido, f) ausência de causas excludentes de responsabilidade<sup>189</sup>.

Portanto, a cumulação do dano material e moral são cabíveis.

Todavia, quanto a cumulação do dano moral com o dano estético existe uma polêmica a respeito. Grande parte da doutrina acredita na possibilidade da cumulação já que o dano estético não se confunde por ser único.

---

<sup>186</sup> DINIZ, op.cit., p.29.

<sup>187</sup> Súmula 37 do STJ “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.” BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal Justiça**: op.cit., p. 1556

<sup>188</sup> MARMITT, Arnaldo. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999, p.126.

<sup>189</sup> DINIZ, op.cit., p.29.

O fundamento normativo para que se admita a cumulação dos dois tipos de danos está no artigo 5.º, V, da Constituição Federal, já a norma admite reparação por três tipos de danos: o material, o moral e o dano à imagem. Portanto possível a cumulação dos diferentes tipos de danos à pessoa, pois atingem bens distintos<sup>190</sup>.

Maria Helena Diniz adverte que, é preciso esclarecer que nem sempre há cumulatividade das duas modalidades de danos<sup>191</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça em suas decisões tem admitido à cumulação do dano estético com o dano moral, senão vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE. AMPUTAÇÃO. PARTE DISTAL DO PÉ DIREITO. DANO ESTÉTICO. CÓDIGO CIVIL DE 1916, ART. 1.538. EXEGESE. INCLUSÃO COMO DANO MORAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. CONDIÇÕES AUSENTES. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7-STJ.VEDAÇÃO.I. As questões federais não enfrentadas pelo Tribunal estadual recebem o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do C. STF, não podendo, por falta de pré questionamento, ser debatidas no âmbito do recurso especial.II. **Podem cumular-se danos estético e moral quando possível identificar claramente as condições justificadoras de cada espécie**.III. Importando a amputação traumática do pé em lesão que afeta a estética do ser humano, há que ser valorada para fins de indenização, ainda que possa ser deferida englobadamente com o dano moral. IV. Sucumbentes as partes em parcelas equivalentes, consistente na exata metade dos pedidos formulados, dá-se o decaimento recíproco.V. Recurso especial conhecido em parte e provido<sup>192</sup>.

RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMULAÇÃO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO EM VALOR ÚNICO. Na esteira dos precedentes desta Corte, **admite-se a cumulação de indenização por danos morais e estéticos oriundos do mesmo fato**, o que não é afastado em hipóteses como a dos autos, em que, a despeito de ter sido estipulado um valor único, levou-se em consideração as duas espécies de dano. Recurso especial não conhecido<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> LOPEZ, op.cit., p 17.

<sup>191</sup> Existem autores que entendem da não cumulatividade, argumentam que se trata de um *bis in idem*. Para tanto, aduzem que o dano estético está compreendido dentro do dano psíquico ou moral. Outros, como a autora Maria Helena Diniz esclarecer que “há algumas lesões que não deformam a vítima fisicamente, mas afetam seu psiquismo e outras que atingem o aspecto estético do lesado, mas este as supera, sem que haja repercussão psíquica” DINIZ, op.cit., p. 63.

<sup>192</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº. 705457/ SP (2004/0166324-8) Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, data do julgamento: 02/08/2007.

<sup>193</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. . Processo Recurso especial nº. 662659/ DF RECURSO ESPECIAL 2004/0066251-1. Relator: Ministro César Asfor Rocha, data do julgamento 16/08/2005.

Portanto, a cumulação é admitida nos dois casos, ou seja, tanto na cumulação do dano patrimonial com dano moral como dano moral com o dano estético.

#### 6.4 OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ESTABELECIDOS PELO STJ

O STJ tem sustentado sistematicamente que na fixação do *quantum* reparatório devem ser considerados os seguintes critérios objetivos: a moderação, a proporcionalidade, o grau de culpa, o nível socioeconômico da vítima e o porte econômico do agente ofensor. No espaço de maior subjetividade, estabelece, ainda, que o juiz deve "calcar-se na lógica do razoável, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso"<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL.ACIDENTE DE TRANSITO.ATROPELAMENTO. VITIMA MENOR, DE 11 (ONZE) ANOS DE IDADE, QUE NÃO EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA A EPOCA DO ACIDENTE. DANO MATERIAL INDEVIDO. PRECEDENTE DA TURMA. DANO MORAL. CRITERIOS. RECURSO DESPROVIDO. I – Em se tratando de menor (no caso com onze anos de idade) que ainda não exercia atividade remunerada , mais razoavel se apresenta a orientação que não acolhe dano moral, fixando-se desde logo o *quantum*, a evitar futura liquidação.. II – Na fixação do dano moral , **deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade , valendo-se de sua experiência e de bom senso atento a realidade da vida e as peculiaridades de cada caso**. Recurso Especial. 85.205 (1996/0001000-5) Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, data do julgamento: 28.04.1997. (grifo nosso) BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça** RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO IRREGULAR. SPC. EMISSÃO DE DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO INDEVIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA VALOR EXCESSIVO. CASO CONCRETO. RECURSO ACOLHIDO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO.I - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar **desestimular o ofensor** a repetir o ato. II - No caso, diante de suas circunstâncias, a condenação mostrou-se exagerada, devendo ser reduzida a patamar razoável. Recurso especial nº. 246258/SP (2000/0006939-6), Relator. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, data do julgamento 18.04.2000.

Ainda, deve o magistrado levar em consideração os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

A proporcionalidade reflete na abrangência das regras jurídicas positivadas, ou seja, não basta que a lei tenha sido elaborada segundo os procedimentos previstos, a lei, além de seu conteúdo formal deverá ser proporcional, adequada, ou seja, a restrição aos direitos fundamentais deve ser amoldada ao padrão de justiça social. A proporcionalidade em sentido estrito opera-se quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens, ou seja, devem sopesar as regras jurídicas frente ao caso concreto<sup>195</sup>. Por isso, o STJ tem em seus julgados considerado o princípio da proporcionalidade com o um norteador em suas decisões, senão vejamos :

1. O STJ consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da **razoabilidade e da proporcionalidade**. Excepcionalidade não-configurada. 2. Considerando as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização por danos morais de R\$ 360.000,00 não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela agravada, que ficou tetraplégica e, atualmente, encontra-se em estado vegetativo, em razão de encefalopatia provocada por erro médico em hospital da rede pública. Ao contrário, os valores foram arbitrados com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. 3. Agravo regimental desprovido.<sup>196</sup>

Direito Civil. Responsabilidade civil. Hospital. Ação de indenização. Dano moral. Erro médico. Seqüelas estéticas e psicológicas permanentes. Conjunto probatório. Montante indenizatório. Razoabilidade. Súmula 7/STJ. Prequestionamento. Ausência. Embargos de declaração. Omissão e contradição inexistentes. - Rejeitam-se os embargos de declaração quando inexistentes qualquer omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada. O pré-questionamento dos dispositivos legais tidos com violados constitui requisito de admissibilidade do recurso especial.É defeso o reexame de provas em sede de recurso especial.Na revisão do valor arbitrado a título de dano moral não se mensura a dor, o sofrimento, mas

---

Neste último julgado, o relator inseriu a expressão: "Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato".

<sup>195</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p 31.

<sup>196</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo de instrumento nº 853.854 - RJ (2006/0205139-9). Relatora: Ministra Denise Arruda, data julgamento 05.06.2007.

tão-somente se avalia a **proporcionalidade** do valor fixado ante as circunstâncias verificadas nos autos, o poder econômico do ofensor e o caráter educativo da sanção. Recurso especial não conhecido<sup>197</sup>.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho: razoabilidade é a característica do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de parâmetros aceitáveis, ainda que o juízo de valor que provoca a conduta possa dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é integralmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos limites de normalidade<sup>198</sup>. Desta forma o STJ tem fundamentado suas decisões frente ao princípio da razoabilidade, senão vejamos:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA. *QUANTUM*. ALTERAÇÃO. RAZOABILIDADE. 1 - Não há falar em incidência do art. 1061 do Código Civil e muito menos na sua violação se, como no caso presente, os danos morais não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação vexatória (in re ipsa), criada pela conduta da empresa ré, marcada pelo descaso e pelo desprezo de, no momento em que a segurada mais precisava, omitir-se em providenciar o competente médico de seus quadros e autorizar a necessária cirurgia, preferindo, contudo, ao invés disso, deixar a doente por mais de seis horas, sofrendo dores insurportáveis em uma emergência de hospital e, ao final de tudo, ainda dizer que a liberação do procedimento médico poderia demorar até 72 (setenta e duas) horas. 2 - Considerando as peculiaridades do caso e os julgados desta Corte em hipóteses semelhantes, a estipulação do quantum indenizatório em aproximadamente R\$ 23.000,00 não é desarrazoada, não merecendo, por isso mesmo, alteração em sede especial. 3 - Recurso especial não conhecido, inclusive porque incidente a súmula 83/STJ<sup>199</sup>.

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRATAMENTO MÉDICO NA REDE PÚBLICA. LESÃO PERMANENTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. **RAZOABILIDADE**. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para rever o quantum indenizatório. Inadmissível a fixação do montante indenizatório em determinado número de salários mínimos (REsp n. 443.095/SC, relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, DJ de

<sup>197</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 665.425 - AM (2004/0068236-3) Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento 26.04.2005.

<sup>198</sup> CARVALHO FILHO, op.cit., p 31.

<sup>199</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº. 357.404/RJ (2001/0132984-3) Relator: Min Fernando Gonçalves, data julgamento 4.10.2005.

14/04/2003). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido<sup>200</sup>.

A proporcionalidade, assim como a razoabilidade, ministra parâmetros de mensuração de outras normas. Estas devem ser levadas em estima quando em um caso ou em outro consideram-se meio-fim ou critério-medida.

---

<sup>200</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** Recurso Especial nº 625030 / DF (2003/0221059-5). Relator: Ministro César Asfor Rocha, data julgamento 18.05.2004.

## 7 CONCLUSÕES

A presente dissertação monográfica pretendeu trilhar a responsabilidade civil na relação existente entre médico e seu paciente, com especificidade nas relações decorrentes do erro médico.

Com a intenção de manter o estudo imparcial, fez-se necessário englobar a responsabilidade civil numa contextualização geral, apontando noções e conceitos, bem como seus pressupostos.

A responsabilidade civil é um instituto que evolui e se molda na medida em que existe uma evolução da sociedade. Apesar dos doutrinadores não chegarem em um consenso no tocante à sua definição, não se pode afastar a idéia de que a responsabilidade civil revela o dever jurídico de ressarcir ou restituir um bem ofendido.

Após esta primeira análise acerca da responsabilidade civil, foi feito um estudo da responsabilidade subjetiva e objetiva, elucidando que não se tratam de espécies diversas de responsabilidade, mas de maneiras diferentes de demonstrar a obrigação de reparar o dano.

Neste escopo, a responsabilidade contratual trouxe à baila o estudo da responsabilidade civil dos prestadores de serviços, os quais estão sujeitos às normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor.

O aludido código adota a teoria subjetiva para caracterizar a responsabilidade do profissional médico. Assim, faz-se necessária uma comprovação de culpa para que ocorra a responsabilização.

Por trabalhar diretamente com a vida humana, e em razão dos riscos que a atividade médica representa, é notório que a responsabilidade destes profissionais

merece especial enfoque. Destarte, fez-se imprescindível discutir a natureza da obrigação na qual o médico está inserido. A obrigação de meio é aquela em que o médico deve empregar todos os meios intelectuais e técnicos em favor do paciente, enquanto que a obrigação de resultado busca um resultado específico sem a qual não é cumprida a obrigação.

No entanto, levando-se em consideração a obrigação de médico como sendo uma obrigação de meio, por tratar-se de uma obrigação em que o resultado está além do controle do médico, denota-se que o resultado independe de seu esforço.

Isto posto, faz-se um apanhado na relação entre médico e paciente e o dever de informar oriundo de tal relação.

A obrigação de meio tem um resultado por escopo, enquanto a de resultado serve-se de prestações que poderiam caracterizar obrigações de meio para alcançar um fim predeterminado.

Sendo o corpo humano uma seara onde impera o imprevisível e o conjetural, e sendo que cada organismo pode responder de maneira diferente, frente ao mesmo tratamento médico, considera-se inadequado o uso da obrigação de resultado para caracterizar a prestação obrigacional na área médica, vez que a expectativa de cada paciente sobre determinado tratamento e seu resultado é de foro íntimo e pode não coincidir com o resultado.

De nada adianta naquele tipo de obrigação, o médico ser diligente.

Se a obrigação do profissional liberal deve ser avaliada mediante a comprovação de culpa, e não da presunção – dentro da responsabilidade subjetiva – então, fazer uso do conceito de uma obrigação de resultado para caracterizar sua prestação obrigacional seria o mesmo que tornar objetiva a responsabilidade daquele profissional.

Na avaliação da culpa médica, temos que avaliar dois elementos importantes: a possibilidade do exercício da previsibilidade e a análise da medida de diligência empregada.

A medicina é uma arte que se amplia num campo imprevisível, implica condutas circunstanciais tanto em situações simples e previsíveis até nas mais complexas.

Frente à previsibilidade de risco, deve ter enorme valor a diligência empregada pelo profissional, no sentido de prevenir o risco.

Na relação contratual estabelecida entre médico e paciente, o dever de informação apresenta-se como um fator crucial para a responsabilização. A informação deve ser prestada pelo médico, esclarecendo os possíveis riscos do tratamento, as técnicas utilizadas, as projeções secundárias, os tratamentos alternativos, etc. Ficando a cargo do paciente a obrigação de prestar informações verídicas e, com base em critérios pessoais, decidir sobre a intervenção.

Vale dizer que a omissão de informação ou a inverdade prestada pelo paciente pode gerar conseqüências danosas ao resultado da intervenção cirúrgica, ficando o médico isento de responsabilização por não ter atingido o resultado pretendido.

Assim, conclui-se que o aconselhamento médico é elemento indispensável para formar o consentimento, bem como deve surgir de uma relação dialogada e com a expressa manifestação da vontade do paciente, visto que a não informação de forma adequada resulta em dever de responsabilizar em virtude de o paciente ter a sua expectativa frustrada.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Direito das obrigações**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

AVECONE, Pio **La responsabilità penale del medico**, Padova: Francesco Vallardi, 1981.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico**. São Paulo: R.T, 1996.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo: Rideel, 2006.

BRASIL, **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº. 1264/1988. Brasília: Editoração Eletrônica, 2003, p.25.

BRASIL. **Código Processo Civil**. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006.

BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal Justiça**: Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006.

BRASIL. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**: Organização de texto Ane Joyce Angher, 3 ed São Paulo : Rideel, 2006.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. v.1, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CASSILO, João. **Dano à Pessoa e sua Indenização**, São Paulo: Forense, 1987.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: R.T, 2ª ed., 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA JUNIOR, Paulo. José. **Direito penal**: curso completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FÁVERO, Flávio, **Medicina Legal**: deontologia médica e medicina profissional. 8. ed. São Paulo: Martins, 1966.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 6 ed., São Paulo: Fundo Editorial Byk, 1995.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. 1 ed Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, Hélio, **Medicina Legal**. 1 ed . Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos da responsabilidade civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Hélio, **Medicina Legal**. 1 ed. . Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil de acordo com o novo código civil**. 8. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: R.T, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: R.T, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Graus da Culpa e Redução Equitativa da Indenização**. Recife: Revista de Direito Médico e sua Saúde Apedimes. v. 1, n.1, Janeiro, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed. ver. atual. e amp. São Paulo: R.T, 2004.

MARMITT, Arnaldo. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Cláudia de Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: R.T, 1992.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano Moral, Dano Material e Reparação**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1995.

MORAES, Irany Novah, **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed. São Paulo: R.T , 2003

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais** . v.1 Rio de Janeiro: Renovar , 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamento do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **Responsabilidade civil na cirurgia plástica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito). 2. ed. Traducción por: Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. Original alemão.

SANTOS, Antonio Jeová **Dano Moral**. 4 ed rev ampl e atual São Paulo: RT, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: R.T, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos Processuais da ação de Responsabilidade por Erro Médico**. São Paulo: R.T., 760, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 4<sup>a</sup> ed. atual. e ampl., 2001

TOMAZELLI, Felipe. **A história da Medicina contada a céu aberto**. 1 ed. São Paulo: Eurofarma, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA, Lopes, **Medicina judiciária e pericial: jurisprudência médica**, 1 ed Coimbra: Imprensa da Universidade, 1908.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: R.T, 2004.