

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO
(MATERIAL E PROCESSUAL) – PREPARAÇÃO PARA MAGISTRATURA**

CAMILA TEIXEIRA LESSA

**(IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
DECORRENTE DE ATO IATROGÊNICO**

CRICIÚMA, SETEMBRO DE 2014

CAMILA TEIXEIRA LESSA

**(IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
DECORRENTE DE ATO IATROGÊNICO**

Monografia apresentada ao programa de Pós-graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense- UNESC, para a obtenção do título de especialista em Direito do Estado (material e processual) – Preparação para Magistratura.

Orientador: Prof. MSc. Paulo Henrique Burg Conti

CRICIÚMA, SETEMBRO DE 2014

**Para meus pais, minha irmã e meu
namorado, pelo incentivo e apoio.**

**“O que faz andar o barco não é a vela
enfundada, mas o vento que não se vê.”**

Platão

RESUMO

O presente trabalho aborda o estudo sobre, a (im) possibilidade da responsabilidade civil médica decorrente de ato iatrogênico. O objetivo geral do estudo é verificar a (im) possibilidade da responsabilidade civil médica decorrente de ato iatrogênico, apresentar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e do direito à saúde, o conceito e elementos da responsabilidade civil e a responsabilidade civil médica, bem como a diferença entre iatrogenia e erro médico. Para elaboração da pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutivo, pois parte de conceitos gerais do direito constitucional e da responsabilidade civil para chegar até a particularidade da responsabilidade civil do médico decorrente de ato iatrogênico. Possui natureza qualitativa com método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica, com base em doutrinas, artigos científicos, legislações e jurisprudências.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; responsabilidade civil; responsabilidade civil médica; ato iatrogênico; erro médico.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART. – Artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

OMS – Organização Mundial de Saúde

PAR. - Parágrafo

SUS – Sistema Único de Saúde

ÚN. - Único

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À ATIVIDADE MÉDICA	12
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
2.1.1 Direito à vida	17
2.1.2 Direito à saúde	21
3 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	25
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO, ELEMENTOS E ESPÉCIES.....	25
3.2 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	36
4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DE ATO IATROGÊNICO	41
4.1 IATROGENIA E SUAS ESPÉCIES	41
4.2 DIFERENÇAS ENTRE IATROGENIA E ERRO MÉDICO	45
4.3 (IM) POSSIBILIDADE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DE ATO IATROGÊNICO	50
5 CONCLUSÃO	56
6 METODOLOGIA	58
7 REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

A (im) possibilidade de responsabilidade civil do médico decorrente de ato iatrogênico representa uma questão instigante, considerando que a iatrogenia é o dano decorrente de atividade médica por emprego de medicamento, ato cirúrgico ou procedimentos médicos que causam prejuízo tanto a pessoas sadias ou doentes, ou seja, é um dano causado ao paciente pelo médico em razão de ação ou omissão no exercício da atividade profissional ou de sua especialização. O dano iatrogênico representado pela iatrogenia por omissão se vincula à ausência do médico no atendimento ao paciente, sendo que a iatrogenia por ação se configura pelo resultado da atividade médica através de procedimentos médicos.

Nesta senda, tendo em vista que qualquer procedimento médico está intimamente ligado ao direito à dignidade da pessoa humana, ao direito à vida e ao direito à saúde, é de suma importância verificar possíveis desvios na efetiva aplicação da ciência médica, pois, qualquer procedimento médico mal aplicado pode gerar um resultado imprevisível e danoso. Assim sendo, se efetivamente o resultado causar algum prejuízo ao paciente, parte-se para estudo da ocorrência do dano iatrogênico e, assim, a consequente verificação da responsabilidade civil.

No âmbito médico, a responsabilidade civil possui peculiaridades inerentes a classe, devendo ser estudado não só a aplicação da responsabilidade civil conforme o Código Civil Brasileiro, mas também constatar as disposições do Código de Ética Médica, Resoluções dos Conselhos Regionais de Medicina, bem como, e não menos importante, do Código de Defesa do Consumidor. Verificando se há alguma disposição ou entendimento acerca da ocorrência do dano iatrogênico e possíveis medidas previstas legalmente.

Nesse sentido, questiona-se se haverá ou não a responsabilização civil do médico nos casos que ocorrerem a iatrogenia, bem como, quais serão os desdobramentos pertinentes por envolver espontaneamente o direito à vida, saúde e dignidade da pessoa humana.

Desta forma, serão apresentados no primeiro capítulo os princípios e direitos fundamentais que se relacionam com a atividade médica, abordando-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais da vida e saúde.

No segundo capítulo, se elucidará os conceitos, elementos e espécies da responsabilidade civil, abrangendo a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, contratual e extracontratual, e seus respectivos elementos. Bem como, as excludentes da responsabilidade civil, dentre elas a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior, a cláusula de não indenizar e a prescrição. Além disso, explanar-se-á acerca da responsabilidade médica como obrigação de meio ou resultado, contratual ou extracontratual e, também, a subjetiva e objetiva. Com análise da responsabilidade civil médica no âmbito do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina.

No terceiro capítulo será estudado e iatrogenia, seu conceito e suas espécies, a sua diferenciação com o erro médico e, por fim, será verificado a (im) possibilidade da responsabilidade civil médico decorrente de ato iatrogênico levando-se em consideração a doutrina e jurisprudência pátria.

2 PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À ATIVIDADE MÉDICA

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A manifestação da universalidade ocorreu pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, trazendo aquela como “a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana inerente ao ideal da pessoa humana. (BONAVIDES, 2006, p. 562).

Consecutivamente, a dignidade da pessoa humana e a vida foram apresentadas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como um valor e um direito inerente a toda pessoa. Bobbio (2004, p. 27-30) menciona que a afirmativa dos direitos tornou-se positiva e universal com a Declaração de 1948, dispondo, “universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens”, sendo positiva a partir da amparo efetivo dos direitos do homem “até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”.

A partir do desenvolvimento humano, de acordo com Bobbio (2004, p. 32), reconhecemos os “direitos ditos humanos” como eles são atualmente. Nesse sentido, os direitos do homem são usados como sinônimos de direitos fundamentais que, conforme Canotilho (2002, p. 393) estariam caracterizados assim: “os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

Para Miranda (2000-A, p. 10) os direitos fundamentais são inseparáveis da noção de pessoa, sendo um direito fundamental da pessoa, “como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar.”

Para Sarlet (2012, p. 50), tudo que envolvem os direitos fundamentais “gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais ou perenes valores da

vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.”

De acordo com Ferrajoli (2007, p. 289) os direitos fundamentais, a partir de uma concepção jusnaturalista são: “el derecho a la vida, la libertad de conciencia, las otras libertades civiles, los derechos a la subsistencia y otros similares, gracias a los cuales se aseguran la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos.¹”

O primeiro papel dos direitos fundamentais é proteger a pessoa humana e sua dignidade perante os poderes do Estado, impedindo-se intervenções jurídicas individuais e evitando-se abusos lesivos, com intuito de se exercer positivamente os direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2002, p. 407).

Sarlet (2012, p. 55) afirma que os postulados da Revolução Francesa, da liberdade, igualdade e fraternidade, possuem inclinação a estarem incompletos, pois não fazem alusão ao mais fundamental dos direitos, ou seja:

[...] à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual – em que pese a discussão travada sobre a sua caracterização como direito ou princípio fundamental – se encontra na base da mais variada gama de direitos, ainda que exista alguma controvérsia no que concerne ao grau de vinculação do conteúdo de todos os direitos fundamentais às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

A palavra dignidade, de acordo com Ramos (2014, p. 74), deriva de dignus, sendo conhecida como aquilo que tem importância ou honra. A dignidade da pessoa humana teve reconhecimento com São Tomás de Aquino, ele afirmava ser um atributo inseparável a todos os seres humanos, defendia “o conceito de que a pessoa é uma substância individual de natureza racional, centro da criação pelo fato ser imagem e semelhança de Deus”, em síntese, a dignidade é gerada pelo intelecto e a relação com Deus.

A dignidade², por ser essencial a pessoa humana, é inalienável e irrenunciável, compondo meio que caracteriza “o ser humano como tal e dele não

¹ “[...] o direito à vida, à liberdade de consciência, de outras liberdades civis, dos direitos de subsistência e outros similares, graças aos quais se asseguram a dignidade da pessoa, da igualdade, da paz e outros valores ético-políticos”. (tradução livre). (FERRAJOLI, Luigi.(Org.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 289).

² “[...] a “dignidade” é um valor imanente à própria condição humana, que identifica o homem como ser único e especial, e que, portanto, permite-lhe exigir ser respeitado como alguém que tem sentido em si mesmo”. (MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 115).

pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.” (DÜRIG apud SARLET, 2005, p. 18-19).

Para Kant (2008, p. 306) a dignidade consiste na afirmativa que:

A humanidade ela mesma é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros quer, inclusive, por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim. [...] Mas exatamente porque ele não pode ceder a si mesmo por preço algum (o que entraria em conflito com seu dever de auto-estima) tampouco pode agir em oposição à igualmente necessária auto-estima dos outros, como seres humanos, isto é, ele se encontra na obrigação de reconhecer, de um modo prático, a dignidade da humanidade em todo outro ser humano.

De acordo com Sarlet (2005, p. 30), a dignidade da pessoa humana possui dupla dimensão:

[...] que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Sarmento (2004, p. 111-113) “exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio” para promoção e garantia dos direitos fundamentais. O princípio impõe aos poderes públicos o dever de “ação comissiva, no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana, com o asseguramento das condições mínimas para a vida com dignidade”.

Segundo Alexy (2008, p. 113-114) o princípio da dignidade é comparado a outros princípios “com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana”, porém ele não é considerado um princípio absoluto³, apesar de não necessitar de limitação:

³ “No caso dos princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em nenhuma hipótese cedem em favor de outros.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 111).

O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana.

No mesmo sentido, Mendes et. al. (2008, p. 152), entendem que a dignidade somente pode confrontar-se com ela mesma, assim:

[...] a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.

Com base em MENDES et. al. (2008, p. 154) “nenhum princípio tem merecido tanta reflexão e tamanho desenvolvimento quanto o princípio da dignidade da pessoa humana”, sendo examinada em algumas das cortes constitucionais mais importantes da contemporaneidade, como as da Alemanha⁴, Espanha, Itália e Portugal.

A Constituição da República Federativa do Brasil (2014-A) possui como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III. Seguindo o entendimento de Sarlet (2004, p. 67) “o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais” levando assim, “à condição de princípio (e valor) fundamental”.

Para Martins (2003, p. 63) o princípio da dignidade humana se sobressai na Constituição Brasileira com o reconhecimento como princípio fundamental, traduzindo o objetivo “constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo o sistema jurídico)”, fazendo com que o intérprete a concordância prática sem abandonar os

⁴ “A Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) já havia previsto em seu texto o princípio da dignidade humana, estabelecendo em seu art. 151, inc. I, que o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência humana digna”. [...] “Dentre os países da União Européia, apenas as Constituições da Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art. 1º) consagram expressamente o princípio” da dignidade da pessoa humana. A Constituição da Itália (art. 27, inc. II), apesar de não ter “reconhecido o princípio da dignidade da pessoa humana em dispositivo autônomo”, não deixou de citá-lo, “proibindo a aplicação de penas desumanas”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: um teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 97).

demais valores constitucionais. “Por óbvio que a dignidade não será o único parâmetro, mas, sem dúvida alguma, por força de sua proeminência axiológica, será o principal”.

Em conformidade com Sarlet (2012, p. 103), a dignidade da pessoa humana não pode ser posta em sacrifício pela comunidade, tendo em vista que é qualidade atrelada a todo ser humano, portanto, “não pode ser retirada, perdendo-a apenas quando lhe faltar a vida, sem prejuízo dos – já reconhecidos – efeitos *post mortem* da dignidade.” Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana compreende a importância da proteção corporal da pessoa humana e sua respectiva integridade física que, como exemplo, decorre:

A proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas, limitações aos meios de prova (utilização de detector de mentiras), regras relativas aos transplantes de órgãos, etc. Neste sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade.(SARLET, 2012, p. 103-104).

Segundo Diniz (2001, p. 17), “a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado”, prevalecendo como valor, sobre qualquer avanço tecnológico e científico. Nesta senda:

A ciência é poderoso auxiliar para que a vida do homem seja cada vez mais digna de ser vivida. Logo, nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível. Realmente, de Hipócrates à época atual, com as Ordens de Médicos e os Conselhos de Medicina, consagrou-se a concepção válida para toda ciência: o conhecimento deve sempre estar a serviço da humanidade. (DINIZ, 2001, p. 18).

No campo da medicina, o respeito ao ser humano em todas as fases evolutivas somente é alcançado quando estiver como fundamento a dignidade da pessoa humana. Na esfera do biodireito e da bioética “a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de “vida com dignidade”.” (DINIZ, 2001, p. 18).

Martins (2003, p. 120) conclui que a dignidade constitui qualidade da pessoa humana e é considerada destinatária da proteção e respeito do Estado e das outras pessoas, “impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações

desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhe direito de acesso a condições existenciais mínimas”.

Portanto, a dignidade da pessoa humana se refere a um conjunto de valores atrelados ao homem, interligando aspectos individuais, coletivos, sociais, políticos, educacionais dentre outros. Conforme Bulos (2008, p. 392), abrange:

[...] uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem. Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido a importância da dignidade humana.

Em síntese, a dignidade da pessoa humana é considerada o princípio fundamental por estar atrelado intimamente ao ser humano e, assim, dar sentido à existência com respeito e direito à proteção diante qualquer ameaça. O Estado deve assegurar condições mínimas para que o cidadão possa usufruir de uma vida com dignidade.

2.1.1 Direito à vida

A Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 foi o primeiro documento a consagrar o direito à vida mais próxima da ideia contemporânea de direitos humanos e direitos fundamentais. A Constituição Federal dos Estados Unidos da América de 1787 não trazia previsão de direitos e garantias, apenas após a aprovação da Quinta Emenda em 1791 que o “direito à vida passou a assumir a condição de direito fundamental”, foi a primeira a consagrar o direito à vida como direito fundamental da pessoa humana na história constitucional. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 364).

No âmbito desenvolvimento constitucional brasileiro, a Constituição de 1824 não fazia menção a um direito à vida, havia apenas previsão de um direito à segurança individual, também previsto na Constituição de 1891. Mesmo não estando abrigado expressamente o direito à vida, na Constituição de 1934, a pena de morte, “salvo em caso de guerra com país estrangeiro e nos termos da legislação militar, foi abolida”. Na Constituição de 1937 houve a ampliação das hipóteses da pena de morte e o direito à vida também não foi contemplado, somente na “Constituição de

1946 que o direito à vida mereceu reconhecimento e proteção como direito individual”, utilizando a expressão “que diz com o banimento da pena de morte salvo nos casos de guerra com nação estrangeira e nos termos da legislação militar”, sendo mantido na Constituição de 1967 e reproduzido pela Emenda Constitucional de 1969. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 365-366).

Na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2014-A), o direito à vida está garantido no art. 5º, caput, que, segundo Silva (2014, p. 199) “não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva.” É algo dinâmico que se transforma sem perder sua identidade, é processo vital que se inicia com a germinação vegetal ou concepção, se desenvolve “mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.”

A Constituição Federal, conforme Moraes (2011, p. 39), assegura:

[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

Ainda, segundo Moraes (2011, p. 39), a Constituição da República Federativa do Brasil anuncia o direito à vida, “cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.”

O direito à vida como norma constitucional, segundo Diniz (2001, p. 23), preceitua que “deverá ser respeitado ante a prescrição constitucional de sua inviolabilidade absoluta, sob pena de se destruir ou suprimir a própria Constituição Federal, acarretando a ruptura do sistema jurídico.” De acordo com Tavares apud Signorini (2007, p. 148) o direito à vida “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente.”

Todo ser que tem vida é indivíduo, no entendimento de Siches apud Silva (2014, p. 199), “algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é

um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa.” Do mesmo modo, Perelman (2005, p. 308-309) menciona que “o direito à vida, que implica a obrigação de respeitar a vida, a dos outros e às vezes a vida própria, constitui uma regra fundamental tanto de nossa moral quanto de nosso direito.”

A vida humana por ser integrada por “elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)”, estabelece “a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.” (SILVA, 2014, p. 200). Possuindo, assim, primazia sobre todas as coisas, perdendo sentido se ela ceifar, por consequência, “o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc.” (DINIZ, 2001, p. 25).

Considerando que a vida humana é bem anterior ao direito, deve, neste sentido, a ordem jurídica respeitar, alude Diniz (2001, p. 22) que:

O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal.

Isto é, o Estado tem o dever de proteger os cidadãos, titulares de direitos fundamentais, ante terceiros, assim, “tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos”. (CANOTILHO, 2002, p. 409). Tampouco adiantaria assegurar os outros direitos fundamentais porque é no conteúdo do direito à vida que se deparam o direito à dignidade da pessoa humana, direito à privacidade, à integridade física-corporal e moral e o direito à existência. (SILVA, 2014).

Segundo Ramos (2014, p. 465-466), o direito à vida engloba direito de nascer, continuar vivo e proteger a própria vida e, em virtude do avanço da medicina, desencadeia discussões que dividem a proteção à vida em dois planos, em dimensão horizontal e vertical:

A dimensão vertical envolve a proteção da vida nas diferentes fases do desenvolvimento humano (da fecundação à morte). [...] a dimensão horizontal engloba a qualidade de vida fruída. Esta dimensão horizontal resulta na proteção do direito à saúde, educação, prestações de seguridade social e até mesmo meio ambiente equilibrado, para assegurar o direito à vida digna.

Diversamente, para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 374), o direito à vida está dividido em dimensão objetiva e dimensão subjetiva, esta última subdividida em positiva e negativa. Na categoria de direito subjetivo o direito à vida está situado na formulação dos direitos fundamentais atribuídas a um titular que pode exigir prestações de um destinatário, que em regra é o Estado. Na posição subjetiva negativa, isto é, defensivo, o direito à vida “assume a condição de direito de defesa”, suscitando por parte do Estado um compromisso de abstenção, gerando “uma obrigação de respeito e de não intervenção no âmbito do direito à vida. Na posição subjetiva positiva, isto é, prestacional, o Estado tem obrigação de ativar medidas de proteção à vida. Na categoria da dimensão objetiva o direito à vida “representa um valor, um bem jurídico também objetivamente reconhecido e protegido, donde decorrem efeitos jurídicos autônomos” que ampliam a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

O reconhecimento do direito à vida como um direito fundamental e humano “não pode ser confundido com a noção de necessidades ou mesmo de instintos (inclusive o de defesa e de sobrevivência), que recebem proteção jurídica, mas não justificam”, basicamente por isso, uma ideia de direitos naturais. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 363-364).

Considerando que o direito à vida é como outros direitos de personalidade, ou seja, irrenunciável, Lôbo (2010, p. 149) destaca que a antecipação da morte não está incluída no sistema brasileiro, nesse sentido:

Não se considera antecipação ou violação do direito à vida, a pretensão à morte natural, quando a vida é mantida artificialmente mediante o uso de equipamentos ou medicações. A punição, no campo penal, a quem auxilia o suicídio é decorrência da tutela ilimitada ao direito à vida. Entrementes, a Constituição brasileira admite uma única limitação, relativa à pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a).

De acordo com Lôbo (2010, p. 149), na preservação do direito à vida pode ser compreendido o direito à saúde, pois nas relações privadas o direito à saúde deve preponderar sobre os conceitos econômicos, entendimento aplicado pelos tribunais nos conflitos que abrangem planos de saúde. Declaram a nulidade da cláusula que limita tempo do paciente na UTI, “com risco de agravamento da saúde e até mesmo de morte; tais circunstâncias devem estar compreendidas no risco do negócio da empresa responsável pelo plano.”

Portanto, considerando o direito à vida como um bem intrínseco a todo ser humano, este bem deve ser resguardado diante de qualquer ameaça externa, devendo o Estado, em sua posição prestacional, garantir por meio de medidas a proteção e preservação da vida humana.

2.1.2 Direito à saúde

A saúde está intimamente ligada à evolução da história do homem na sociedade, internacionalmente, Silva (2014) afirma que a Constituição italiana foi a pioneira em reconhecer a saúde como direito fundamental da pessoa humana e ser de interesse da coletividade, logo após, a Constituição portuguesa a consagrou de modo universal mais preciso e melhor do que a Constituição da Espanha e da Guatemala, as quatro Constituições relacionam a saúde com a seguridade social.

Em sua trajetória, a saúde no Brasil, passou por três concepções: favor, serviço e serviço privado, após fortes reivindicações de grupos políticos e sociais, na Constituição de 1988 a saúde foi elevada à classe de direito fundamental, devendo o Estado, através de uma prestação positiva, estende-la e efetivá-la a todos os cidadãos. (PINHEIRO; ASENSI, 2011).

Na Constituição Federal o direito à saúde está consagrado no art. 6^a, mas é nos artigos 196 e seguintes que se pode encontrar uma maior concretização normativa, para Sarlet (2012, p. 327):

[...] basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, diante de normas de cunho programático (impositivo), enunciado (no art. 196) que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera). Num segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde (art. 200).

Na esfera do direito à saúde existem grandes dificuldades de se adotar os direitos subjetivos fundamentado na Constituição. “Além disso, é neste seara que os

problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os casos em que a falta das prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito.” (SARLET, 2012, p. 311).

O direito à saúde se manifesta de forma mais abrangente integrando o sistema de proteção da seguridade social, com ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana, por fato, a dignidade é:

[...] uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, precondição da própria dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 326).

Ressalta-se que a Carta Magna consagrou o direito à saúde, dando lugar de destaque ao direito à vida, prevendo uma vedação quase absoluta na aplicação da pena de morte, entretanto, a inobservância da efetivação dos serviços essenciais à saúde pode se igualar a uma pena de morte, “habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos.” (SARLET, 2012, p. 328-329).

Segundo Jonas (1997, p. 84) a saúde pode ser considerada como um bem público:

“El fin en cuestión es la salud, y en su aspecto crítico la vida misma... bienes evidentemente elevados, a los que el médico sirve directamente mediante la curación y el investigador indirectamente mediante el conocimiento que obtiene de sus experimentos. No hay duda ni sobre el bien superlativo que se promueve ni sobre el mal que se combate: la enfermedad y la muerte prematura. Pero, un bien para quién y un mal para quién? En la aspiración a dar a la experimentación médica la dignidad que le corresponde (en la creencia de que un valor es mayor cuando es colectivo en vez de individual), la salud y la enfermedad se predicen del conjunto social, como si fuera la sociedad la que en la persona de sus miembros se alegra de la una y sufre la otra. Para los fines de nuestro problema, se puede contraponer interés público a interés privado, bien común a bien individual. De hecho he oído llamar a la salud bien nacional... lo que sin duda también es, pero no en primer término⁵”.

⁵ “O fim em questão é a saúde, em seu aspecto crítico da própria vida... bens evidentemente mais elevados, a que o médico serve diretamente mediante a cura e o pesquisador indiretamente por meio do conhecimento que obtém de suas experiências. Não há dúvida sobre o bem maior que se promove ou sobre o mal que se combate: a doença e a morte prematura. Mas, um bem para quem e um mal para quem? Na aspiração de dar à experimentação médica a dignidade que lhe corresponde (na crença de que um valor é maior quando é coletivo em vez do individual), a saúde e a doença prejudicam o conjunto social, como se fosse a sociedade que na pessoa dos seus membros se alegram de uma e sofrem da outra. Para os fins do nosso problema, pode-se contrapor interesse público a interesse privado, bem comum a bem individual. De fato chamo a saúde de bem nacional...”

De acordo com Figueiredo (2006, p. 28), há dois aspectos do direito à saúde, um com base na “normatização e fiscalização dos ofícios dos diversos profissionais médicos e auxiliares; outro, relacionado ao disciplinamento da prestação e do acesso aos serviços de saúde.” Com relação à prestação dos serviços de saúde, no Brasil é permitido que co-existam uma rede privada e uma rede pública.

A rede pública, conforme Figueiredo (2006, p. 28-29), pode ser “complementada por entidades particulares, mediante credenciamento junto à Administração Pública, sendo regida, exclusivamente, pelos princípios e regras do direito público.” Por outro lado, a rede privada atua de forma complementar à rede pública, “sendo disponibilizada por entidades privadas de forma adicional e facultativa aos serviços disponibilizados pelo Estado”. Considera-se uma atividade econômica em “sentido estrito, regida por princípios e regras de direito privado, sendo seu acesso garantido, tão-somente, à parcela da população com renda para contratar tais serviços.”

Tendo em vista o caráter de relevância pública que serviços e ações de saúde possuem, cumpre afirmar que tal preceito exige um rígido e amplo processo legislativo para sua alteração:

Esta condição cristalizou a relevância jurídica, política e social da saúde no ordenamento brasileiro, sobretudo a partir de sua forte associação com o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde ainda se constitui como cláusula pétrea no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, não pode ser excluído do resguardo que lhe foi alçado pela Carta Constitucional e pelas legislações posteriores. (PINHEIRO; ASENSI, 2011, p. 89).

O direito à saúde é um direito constitucional positivado, universal e amplo, nesse sentido Pinheiro e Asensi (2011, p. 102) asseveram “é um direito universal, de aplicação imediata, diferentemente da amplitude e dos sentidos que os serviços de saúde possuíram nos períodos anteriores à redemocratização da década de 80”.

O Estado, através de políticas públicas, tem o dever de atuar na área da saúde, tendo em vista a efetivação do direito que é intrínseco ao ser humano. Sob esta perspectiva:

o que sem dúvida também é, mas não em primeiro lugar⁵. (tradução livre). (JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: Sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Traducción Carlos Fortea Gil. Espanha: Paidós, 1997, p. 84).

[...] o Estado deve atuar positivamente na implementação deste direito, uma vez que a ideia de “titularidade de todos” enfatiza a dimensão do dever do Estado para sua consecução, satisfação e garantia. Assim, a ideia de “direito de todos e dever do Estado” traz um potencial semântico que não se reduz ao seu texto, de modo que o direito à saúde potencializa uma gama de sentidos e impulsiona discussões políticas, sociais, culturais, econômicas e jurídicas sobre sua implementação, que encontram amparo na Constituição. (PINHEIRO; ASENSI, 2011, p. 102).

Observa-se que o direito à saúde no Brasil ainda enfrenta obstáculos para sua efetivação, mesmo com sua positivação como direito fundamental, com base em Pinheiro e Asensi (2011, p.105):

[...] os desafios de debates sobre a garantia do direito não se encontram esgotados, abrindo espaço para novas concepções, sentidos, investigações e reflexões sobre a forma através da qual se pode garanti-lo eficazmente. De fato, muitos usuários do SUS não têm clara a dimensão do direito à saúde, por vezes associando a um direito baseado no imposto que pagam, chegando ao extremo de submetê-lo à contribuição com INSS – resquícios de um longo período da história brasileira -, o que enseja limitações na própria concepção do conteúdo de seus direitos, que são muitas vezes associados a fatores econômicos, sociais, políticos, culturais e jurídicos. Por essa razão, tornar a saúde um direito universal traz avanços e, paralelamente, novos desafios para sua implementação e efetivação, sobretudo de adotamos como parâmetro o princípio da integralidade. Nesta perspectiva, surge o imperativo de se ter condições de lutar por direitos, o que enseja um debate sobre os limites e possibilidades dos usuários efetivamente interferirem nas políticas de saúde e nas decisões judiciais, de modo a constituir um ambiente efetivamente democrático e afetivo.

Desta forma, por possuir natureza própria e relevância para a vida de dignidade da pessoa humana, é no âmbito do direito à saúde, “especialmente em virtude do impacto das decisões sobre o sistema de políticas públicas e o orçamento público (sem prejuízo de outros aspectos de relevo)”, que se constata a divergência em relação a “exigibilidade dos direitos sociais e de sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, notadamente quanto aos efeitos jurídicos que dela decorrem.” (SARLET, 2012, p. 334).

Com base no princípio de que todos têm direito igual à vida, em caso de doença, merecem todos o “direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.” (SILVA, 2014, p. 311).

3 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO, ELEMENTOS E ESPÉCIES

De acordo com Cavalieri Filho (2014, p. 14), a responsabilidade civil traz a ideia de obrigação, contraprestação, em sua definição etimológica e jurídica. “A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem”. Em síntese, a “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”

A responsabilidade civil pode ser definida como uma “aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde”, de animal sob guarda, fato de coisa ou de simples obrigação legal. (DINIZ, 2014, p. 50).

Conforme Coelho (2010, p. 266), a responsabilidade civil “é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último.” Sendo que, para Rodrigues (2003, p. 06), a questão para se analisar a responsabilidade civil é esclarecer se o dano que a vítima sofreu pode ou não ser reparado por quem o causou, “se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado.”

Cavalieri Filho (2014, p. 14-15) atribui salutar distinção entre a responsabilidade e a obrigação, expressões que se vinculam na conceituação da responsabilidade civil:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Dentre as espécies de responsabilidade civil estão: a responsabilidade subjetiva e objetiva e, a responsabilidade civil contratual e extracontratual. Desta

forma, parte-se, primeiramente, para análise da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

A origem da atribuição de responsabilidade pelos danos em virtude da culpa, isto é, responsabilidade subjetiva, inicia pela “Lei Aquília, editada na República Romana, provavelmente no século III a. C. essa lei prescrevia as conseqüências de certos eventos danosos para quem os houvesse causado”. (COELHO, 2010, p. 273).

A necessidade do pressuposto subjetivo para aplicação da responsabilidade por danos, ao longo do século XX, foi amplamente questionada. “De um lado, agredia cada vez mais o senso geral de justiça o desamparo a que o princípio nenhuma responsabilidade sem culpa relegava as vítimas dos acidentes inevitáveis”. (COELHO, 2010, p. 274).

Para que um sujeito seja responsabilizado subjetivamente é necessário concentrar três situações: “a) conduta culposa (culpa simples ou dolo) do devedor da indenização; b) dano patrimonial ou extrapatrimonial infligido ao credor; c) relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano do credor.” (COELHO, 2010, p. 269-270).

A responsabilidade civil subjetiva está atrelada a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, houve dano por imprudência, negligência ou imperícia, neste sentido:

Quem é responsabilizado por ato ilícito é-o porque agiu como não deveria ter agido. Foi negligente naquilo em que deveria ter sido cuidadoso, imperito quando tudo dependia de sua habilidade, imprudente se era exigida cautela, ou comportou-se conscientemente de modo contrário ao devido. Em suma, uma conduta diversa era exigida do causador dos danos⁶.(COELHO, 2010, p. 271-272).

A responsabilidade civil subjetiva derivada de ato ilícito, “o sujeito que incorre na ilicitude é devedor da indenização pelos prejuízos decorrentes de sua conduta e o prejudicado, o credor.” A aplicação da responsabilidade civil subjetiva é simplesmente um dos instrumentos para desestimular os comportamentos não desejáveis e indicar as condutas sociais cabíveis. (COELHO, 2010, p. 311).

⁶ “Se o sujeito de direito fez o que não deveria, ele é responsável exatamente porque estava ao seu alcance não fazer; ou, por outra: se não fez o que deveria, é responsável porque fazer era-lhe possível. Ao comportar-se de certa maneira, quando poderia comportar-se de outra, o sujeito de direito manifesta, num certo sentido, sua vontade.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 272)

A omissão, conforme Coelho (2010, p. 320), somente gera responsabilidade civil subjetiva quando observado dois pressupostos: “a) o sujeito a quem se imputa a responsabilidade tinha o dever de praticar o ato omitido; e b) havia razoável expectativa (certeza ou grande probabilidade) de que a prática do ato impediria o dano.”

Por fim, a responsabilidade civil subjetiva está vinculada a três elementos, sendo eles a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano. A partir do momento que ocorre conduta culposa e a violação do direito de outrem ou dano, vislumbra-se o ato ilícito, conseqüentemente, o inflexível dever de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 33).

Diferentemente da responsabilidade civil subjetiva que tem como principal pressuposto a culpa, na responsabilidade civil objetiva aquela inexistente tendo por base a teoria do risco. Durante o século XIX o princípio nenhuma responsabilidade sem culpa era típico de “todos os direitos dos países ocidentais”. De acordo com Coelho (2010, p. 274):

Só respondia por danos no patrimônio alheio quem tivesse sido o culpado por eles; afora esta hipótese, cada um suportava a perda de seus bens (*res perit domino*). Nas hipóteses de culpa da vítima ou caso fortuito, à falta de específica manifestação de vontade, não se podia imputar responsabilidade a quem quer que fosse.

Para a responsabilização objetiva são necessários dois pressupostos: “a) dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado pelo credor; b) relação de causalidade entre a conduta do devedor descrita em lei e o dano do credor.” (COELHO, 2010, p. 270). Conforme Diniz (2014, p. 150), para configuração da responsabilidade objetiva “basta a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar”.

Na responsabilidade objetiva o devedor responde por ato lícito, devendo arcar com a indenização do prejuízo experimentado pela vítima. Essa noção por ato lícito não tem sido naturalmente operada pela tecnologia jurídica, “que resiste em aceitar a hipótese de imputação de obrigação a quem fez exatamente o que deveria ter feito, que não desobedeceu minimamente às leis em vigor.” Conforme Coelho (2010, p. 275-277), a indenização deve ser paga não porque fez algo irregular ou exonerar-se por nada ter feito de errado, a culpa é irrelevante para qualquer efeito finalidade. “Não está em jogo, em suma, qualquer apreciação moral de sua conduta,

mas exclusivamente sua aptidão econômica para socializar os custos da atividade entre os beneficiários por ela”.

Há duas formas de o sujeito ser responsabilizado objetivamente, “a primeira é a específica previsão legal; a segunda, a exploração de atividade em posição que lhe permita socializar os custos entre os beneficiados por ela”:

Denomino aquela de formal, e esta, de material. Tem, assim, responsabilidade objetiva formal o sujeito de direito a quem norma legal específica atribui a obrigação de indenizar danos independentemente de culpa. De outro lado, tem responsabilidade objetiva material o sujeito obrigado a indenizar, mesmo sem ser culpado pelo dano, por ocupar posição econômica que lhe permite socializar os custos⁷ de sua atividade. (COELHO, 2010, p. 356).

O Código Civil (BRASIL, 2014-B) pátrio, em seu artigo 927, parágrafo único, estabelece a reparação de danos independente de culpa:

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

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

Portanto, a responsabilidade civil objetiva, conforme Nery Junior e Nery (2008, p. 733), possui base “na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência: a) dano; e b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano”. Assim, “haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem”.

Parte-se agora para explanação da responsabilidade civil contratual e extracontratual. Na primeira, “há contrato entre o credor e o devedor da obrigação de indenizar”, sendo que na segunda não. (Coelho, 2010, p. 267).

Na responsabilidade contratual há preexistência de um vínculo obrigacional “e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30). Segundo Diniz (2014, p. 149), a responsabilidade

⁷ É racional imputar responsabilidade por danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido quando o sujeito passivo da obrigação de indenizar ocupa posição econômica que lhe permita socializar os custos da sua atividade entre os beneficiários dela. Nessa posição encontram-se, por exemplo, os empresários, o Estado e as agências de seguro social. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275)

contratual tem origem na “inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral”, portanto, resulta da mora ou do inadimplemento no cumprimento da obrigação.

De acordo com Diniz (2014, p. 149) o contrato gera obrigações, desse modo, a inexecução do contrato também é fonte de obrigações, assim:

Quando ocorre o inadimplemento do contrato, não é a obrigação contratual que movimenta a responsabilidade, uma vez que surge uma nova obrigação que se substitui à preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida. A responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista, é imprescindível a preexistência de uma obrigação.

A responsabilidade extracontratual “surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite”, conforme Cavalieri Filho (2014, p. 30), a responsabilidade extracontratual também é conhecida como ilícito aquiliano ou absoluto.

Tendo em vista que na responsabilidade extracontratual não existe vínculo anterior entre os membros, Diniz (2014, p. 150) entende que a base “dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica”. Nesse caso, se alguém causar dano a alguém:

[...] terá o dever de reparar o dano que causou à vítima com o descumprimento de preceito legal ou a violação de dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade, ou seja, com a infração à obrigação negativa de não prejudicar ninguém. O *onus probandi* caberá à vítima; ela é que deverá provar a culpa do agente. Se não conseguir, tal prova ficará sem ressarcimento.

Após evidenciar o conceito da responsabilidade civil, suas espécies, sendo elas: a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, e a responsabilidade civil contratual e extracontratual. Serão analisados seus elementos: o ato ilícito, o dano, o nexo causal e a culpa-dolo.

De acordo com Coelho (2010, p. 313) há três trajetórias para responsabilização dos atos ilícitos, são eles:

No plano criminal, os delitos (crimes ou contravenções) são punidos com penas privativas de liberdade. No administrativo, as infrações punem-se com multa e medidas satisfativas (fechamento de atividade, remoção de bens, etc.). No âmbito civil, sancionam-se as condutas culposas pela imposição ao autor do dano da obrigação de indenizá-lo.

Há dois modos de conceituar o ato ilícito, por Coelho (2010, p. 316), em “função do direito positivo, ele é a conduta descrita na lei como antecedente da sanção” e, em “contraposição ao direito subjetivo, é o ato culposo que o viola e causa danos.” Ainda, de acordo com o artigo 186 do Código Civil Brasileiro (Brasil, 2014-B) “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Segundo Nery Junior e Nery (2008, p. 360) a violação, por ação ou omissão, do direito e “à causação de dano a outrem, constitui o ato ilícito doloso. Distingue-se do ato ilícito culposo, que se dá em decorrência de imprudência, negligência ou imperícia do agente, que, nesses casos de culpa, tem intenção do ato, mas não do resultado.

A ação pode ser consciente ou inconsciente, ou seja, “consciente é o movimento físico em resposta a comandos processados na área do cérebro que sugerem o completo controle da ação e seus efeitos pelo ser humano que age”, sendo considerado “inconsciente, o movimento que não é acompanhado por essa sensação de controle.” (COELHO, 2010, p. 318).

De acordo com Coelho (2010, p. 398-399) a ocorrência do dano⁸ é indispensável para constituir a responsabilidade de indenizar, seja ela subjetiva ou objetiva. Ainda que o ato do sujeito “tenha sido ilícito ou sua atividade tenha exposto direitos do demandante a consideráveis riscos, se não houve danos, não se cria qualquer vínculo obrigacional.” Não há que se falar em direito à indenização “caso a vítima não prove a verificação do dano e sua extensão”⁹, mesmo não sendo citado qualquer excludente¹⁰ de responsabilidade.

⁸ “O dano e sua extensão devem ser provados pela vítima, tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva como na objetiva. A regra também se aplica aos danos morais, que não devem ser presumidos em nenhum caso. Se o demandado alegar a inexistência do dano ou questionar a extensão pretendida pela vítima, é dele o ônus de provar os fatos correspondentes.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 400).

⁹ “Se o réu afirma que a vítima não experimentou nenhuma dor merecedora de reparação pecuniária, deve demonstrá-lo. Também é dele o ônus de provar a presença de qualquer fator de redução do valor da indenização, como o baixo grau de sua culpa, a culpa concorrente da vítima ou, no caso de danos morais, a pouca sensibilidade dela para eventos como o danoso.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 399).

¹⁰ “Mesmo quando o ônus de prova dos elementos da responsabilidade civil cabe à vítima, o demandado pode resistir à pretensão aduzida suscitando uma excludente de responsabilidade. Se o fizer, é dele o ônus de prová-la.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 397-398).

Com base em Rodrigues (2003, p. 15) a responsabilidade do sujeito pode “defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste”. Ao causador do dano é imposto o dever de reparar não só quando há “infringência a um dever legal, portanto ato praticado contra direito, como também quando seu ato, embora sem infringir a lei, foge da finalidade social a que ela se destina.”

Haverá a responsabilização por ato de terceiro “quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado a outrem não por ato próprio, mas por ato de alguém que está, de um modo ou de outro, sob a sujeição daquele.” (RODRIGUES, 2003, p. 15).

O artigo 932 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2014-B) estabelece que os pais respondam pelos atos filhos menores que estão em sua companhia ou sob sua autoridade; o empregador pelos seus empregados no exercício do trabalho ou em razão dele; tutor e curador por pupilos e curatelados; donos de hotéis, hospedarias, albergues, pelos seus hóspedes e moradores; e, os que gratuitamente tiverem participado de produtos de crimes, até concorrente quantia. Isto é, o responsável está vinculado por uma obrigação de cuidado, guarda e vigilância.

Ademais, sobre a reparação do dano, esta pode dar-se de diversas formas, para Nery Junior e Nery (2008, p. 361):

A prática do ato ilícito coloca o que sofreu o dano em posição de recuperar, da forma mais completa possível, a satisfação do seu direito, recompondo o patrimônio perdido ou avariado do titular prejudicado. Para esse fim, o devedor responde com seu patrimônio, sujeitando-se, nos limites da lei, à penhora de seus bens.

Portanto, reparar dano causado à vítima é, se possível, restabelecer o *statu quo ante*, ou seja, devolver “ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito.” Porém, em alguns casos isto é impossível, buscando assim a compensação em forma de prestação de uma indenização monetária. (GONÇALVES, 2003, p. 529).

Conforme Rodrigues (2003, p. 16), a culpa ou dolo do agente que causou o dano é mais uma das características da responsabilidade, sente sentido, “a lei declara que, se alguém causou prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar.”

Para Cavalieri Filho (2014), tanto a culpa quanto o dolo partem de uma

conduta voluntária do agente, no entanto, no dolo a conduta se inicia ilícita e seu resultado se concretiza antijurídico. Na culpa a conduta nasce lícita e se torna ilícita por desviar dos padrões socialmente aceitos.

Neste sentido, Coelho (2010, p. 322) entende que há culpa em atos intencionais (dolo) e não intencionais (imprudência, negligência e imperícia), vejamos:

No primeiro caso, é chamada de dolo. Age dolosamente quem provoca prejuízos a outrem, ao praticar atos com o objetivo ou o risco de causá-los. Esta modalidade de culpa compreende tanto o dolo direto, em que o prejuízo é a finalidade perseguida pelo agente, como o indireto, em que o dano ocasionado não era propriamente o objetivo, mas o agente assumiu de forma consciente o risco de provocá-lo. [...] De outro lado, a culpa por atos não intencionais abrange a negligência, imprudência e imperícia (culpa simples). O negligente não faz o que deveria fazer e o imprudente faz o que não deveria.

Faz-se necessário a relação de causalidade para que surja a obrigação de reparar, ou seja:

[...] mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente. (RODRIGUES, 2003, p. 18).

A relação causal, segundo Cavalieri Filho (2014, p. 62), “estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano”.

Nesta linha, se não houver casualidade não há o que se falar em indenização. “Se houve dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar”. (GONÇALVES, 2003, p. 33).

3.2 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As excludentes de responsabilidade civil são comuns tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a responsabilidade objetiva, tendo em vista os elementos constitutivos da obrigação de indenizar: o dano e a relação de causalidade. “A inexistência de dano ou da relação de causalidade, bem como a

cláusula de irresponsabilidade excluem tanto a responsabilidade civil subjetiva como a objetiva.” (COELHO, 2010, p. 398).

Partindo-se para análise das excludentes do nexo de causalidade, o caso fortuito ou de força maior, segundo Coelho (2010, p. 401), “é todo evento desencadeador de danos em que não há culpa de ninguém.” Neste sentido, o caso fortuito é inevitável, porém, nem sempre imprevisível. “A inevitabilidade do dano pode originar-se da impossibilidade de antecipar-se a ocorrência do evento desencadeador ou da de obstar seus efeitos.” (COELHO, 2010, p. 401).

O caso fortuito tem como característica a inevitabilidade, sendo apresentado por Coelho (2010, p. 403) em dois aspectos: a inevitabilidade material e a econômica:

O fortuito é todo evento desencadeador de danos não originado pela culpa de alguém. Pode referir-se a fatos da natureza (enchentes, queda de raio, terremoto) ou humanos (produção em massa, prestação de serviços empresariais). A característica fundamental do fortuito é a inevitabilidade. O evento é inevitável em razão da imprevisibilidade (inevitabilidade cognoscitiva), da incapacidade humana de obstar seus efeitos danosos (inevitabilidade material) ou falta de racionalidade econômica em obstá-los (inevitabilidade econômica). O fortuito natural ou humano é sempre excludente da responsabilidade civil subjetiva, porque descaracteriza a relação de causalidade entre o dano do credor e a conduta culposa do devedor. Quando objetiva a responsabilidade, porém, apenas o fortuito natural descaracteriza a relação de causalidade.

Destarte, quando a culpa pelo dano é exclusiva de terceiro, o nexo de causalidade se desfaz entre a conduta do devedor e os danos na qual se pleiteia a indenização. Assim sendo, quando a culpa pelo prejuízo causado for de terceiro, descaracteriza-se a ligação de causa e efeito entre o dano da vítima “e o ato ou atividade do demandado. Neste caso de excludente, a vítima terá direito de promover a responsabilização do terceiro culpado.” (COELHO, 2010, p. 404-405).

Neste sentido, “exclui-se a responsabilidade do demandado cuja conduta ou atividade não causou o dano. Não se exclui, por evidente, a do terceiro responsável, contra quem a vítima deve voltar-se.” (COELHO, 2010, p. 405).

Quando o dano decorre de culpa exclusiva da vítima também não há relação causalidade, ou seja, “é a vítima que causou o dano e não há razões para imputar-se a quem quer que seja a responsabilidade pela indenização dos prejuízos.” Neste sentido, o dano deve ser suportado pela vítima, pois foi apenas

dela a culpa, afastando, por fim, a obrigação de indenizar¹¹. (COELHO, 2010, p. 407).

Com base em Coelho (2010, p. 408), a culpa é concorrente:

Quando há concorrência de culpa, ou seja, quando tanto demandante como demandado agiram culposamente e causaram o dano, verifica-se fato que, no direito brasileiro, repercute unicamente no valor da indenização (CC, art. 945). Se a vítima, portanto, teve qualquer participação culposa no evento, fará jus à indenização, mas o valor desta deve ser reduzido proporcionalmente ao grau de sua culpa.

Nery Junior e Nery (2008, p. 764), entendem o artigo 945 do Código Civil como “o comando legal pressupõe que o autor do dano é o agente que deu causa ao evento danoso, a quem se imputa a responsabilidade pela indenização da vítima.”

Além das excludentes do nexo de causalidade expostas acima, a cláusula de não indenizar também é excludente de responsabilidade civil, neste sentido:

[...] por força do princípio da autonomia da vontade, qualquer dano pode ser excluído por cláusula contratual. O sujeito pondera seus interesses e manifesta a concordância em arcar sozinho com os danos que eventualmente vier a sofrer na execução do contrato, renunciando ao direito de pleitear indenização contra o outro contratante, mesmo que seja da culpa deste. Numa situação, porém, a lei a considera nula: nas relações de consumo em que o consumidor é pessoa física (CDC, art. 51, I). Nesta hipótese, ainda que tenha sido pactuada entre as partes, a obrigação de indenizar por responsabilidade civil existe. Nos contratos civis ou empresariais, ou mesmo nos de consumo em que o consumidor é pessoa jurídica (associação, fundação, sociedade microempresária destinatária final do produto etc.), é plenamente válida a exclusão ou limitação de responsabilidade por vontade das partes. (COELHO, 2010, p. 409).

Bem observa Coelho (2010, p. 410) na seguinte afirmativa “a cláusula de irresponsabilidade não é excludente de indenização nos casos de culpa grave ou dolo”, ou seja, se o “contratante que tiver agido com culpa grave ou dolo deve a indenização dos danos que provocar, a menos que haja circunstâncias especialíssimas a marcar o caso.”

É também elencado como excludentes da responsabilidade civil a: legítima defesa, o estado de necessidade ou remoção de perigo iminente e o exercício regular de direito ou das próprias funções, todos elencados no artigo 188

¹¹ “Se provado que o dano decorreu de culpa exclusiva da vítima, descaracteriza-se a relação de causalidade entre ele e a conduta ou atividade do demandado. Exclui-se, em decorrência, a responsabilidade deste.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 408).

do Código Civil (BRASIL, 2014-B), sendo:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A legítima defesa, conforme Rizzardo (2007, p. 82-83), é o exercício de um direito de defender a sua pessoa ou bens que lhe pertencem, “direito que emana diretamente da personalidade ou da natureza humana:

A legítima defesa pode ser própria ou de outrem, não se limitando à proteção da vida, e sim compreendendo todos os direitos aptos a serem lesados. Mas, tratando-se da honra, modifica-se a situação: não se exclui a indenização. É evidente que, no âmbito do direito civil, não se considera a ofensa simplesmente moral como conceito da mesma espécie que o homicídio, perpetrado ou tentado. Trata-se de valores incomensuráveis, insuscetíveis de medida comum por intermédio de critérios racionais.

Tartuce (2014, p. 542) complementa da seguinte forma, “havendo excesso nessa defesa em relação a terceiros, não estará presente a mencionada excludente de ilicitude, surgindo o dever de indenizar diante do ato praticado (*aberratio ictus*)”.

A destruição ou deterioração de coisa alheia, bem como, lesão à pessoa, com objetivo de remover perigo iminente que está prestes a acontecer, não constitui ato ilícito. A legitimidade do ato deverá estar amparada na absoluta necessidade, pois não pode exceder aos limites indispensáveis à remoção do perigo. (TARTUCE, 2014, p. 542).

Do exercício regular de direito ou das próprias funções não constitui ato ilícito quando praticado no exercício regular de um direito reconhecido. De acordo com Tartuce (2014, p. 544) o exercício regular das próprias funções “constitui uma espécie de exercício regular de direito, eis que a pessoa tem uma incumbência legal ou administrativa de atuação”.

Por fim, a prescrição também é considerada excludente da responsabilidade civil, de acordo com Cavalieri Filho (2014, p. 174), a “prescrição está ligada à lesão de direito, cuja ocorrência faz surgir um novo dever jurídico para o transgressor – a responsabilidade – e novo poder jurídico para aquele que sofreu a

lesão – a *pretensão*”, esta pode ser considerada como o poder de chamar a tutela do Estado. Se a pretensão não for praticada em tempo legal, advém a prescrição. “Em doutrina define-se a prescrição como sendo a convalescença de uma lesão de direito pela inércia do seu titular e o decurso do tempo.”

Cavaliere Filho (2014, p. 174-175) afirma que há uma intrínseca relação entre responsabilidade e prescrição, pois, quem tiver direito violado e não for buscar a tutela do Estado, ou seja, ficar inerte na busca do cumprimento coercitivo, poderá ver extinto a pretensão.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A causa de algumas doenças era avaliada pelos médicos como impureza do sangue, essa afirmação perdurou de Hipócrates até o século XIX. Conforme Coelho (2010, p. 334) a teoria dos humores trazia a percepção dos males como uma manifestação do humor viciado em determinadas membros do organismo, sobretudo no sangue:

Prescreviam, então, como tratamento a sangria. Tirando do doente a maior quantidade possível de sangue ruim, a tendência seria a melhora de seu estado de saúde. O procedimento largamente adotado fundava-se em raciocínio lógico sustentado pelas autoridades acadêmicas da área. Correspondia, em suma, à ciência da época. Desde o século XIX, sangrar o paciente com o objetivo de curá-lo passou a ser visto como inconcebível despropósito, uma verdadeira iatrogenia.

Atualmente os procedimentos aplicados têm fundamento em pesquisas com base em experiências e raciocínios lógicos aceitos pela academia o que torna aquele momento da história da medicina um tanto assustador. Antes de tratar-se da responsabilidade médica cumpre analisar a figura do profissional liberal¹² que, segundo Coelho (2010, p.332-335), é o “prestador autônomo (elemento econômico) de serviços especializados, para cuja execução exige a lei formação superior e sujeição à fiscalização pelo órgão de classe (elemento institucional)”.

¹² “Para ser liberal, o profissional deve ter sua própria organização de prestação de serviços. Não é liberal, assim, ainda que preenchido o elemento institucional, o profissional de formação superior que trabalha numa empresa ou organização pública prestadora de serviços. Se o médico é, por exemplo, empregado de um hospital, clínica ou operadora de plano privado de assistência à saúde (OPPAS) ou é funcionário público, ele não exerce sua atividade profissional como liberal.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 331).

Como bem menciona Rodrigues (2003, p. 248), “a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meio e não de resultado.” Neste sentido:

[...] quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico, este apenas se obriga a tratar do doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando os recursos de sua profissão e arte, não se obrigando, portanto, a curar o doente. De modo que, se o paciente vem a falecer, não se pode falar em inadimplemento de um contrato, pois não havia o médico assumido, nem lhe seria lícito assumir, a obrigação de curar o paciente. Para que a responsabilidade do médico emerja, mister se faz que o doente ou seus herdeiros demonstrem que o resultado funesto por ele experimentado derivou de negligência ou imprudência do profissional.

De acordo com Venosa (2013, p. 139) o médico não pode afirmar a cura, no entanto, deve utilizar “toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente.

Com base em Rizzardo (2007, p. 328), a responsabilidade do médico é decorrente de uma obrigação de meio, tendo por escopo a prestação de cuidados conscientes e atentos. Nesta entende-se como obrigação de meio e resultado:

Considera-se de meio aquela obrigação que impõe de quem a exerce ou executa o emprego de determinados meios propícios e adaptados para o fim visado. Já de resultado classifica-se a que visa um fim específico, que deve ser alcançado. No desempenho da primeira, reclama-se o exercício da melhor maneira possível, constatando-se a necessária e normal diligência para a profissão, mesmo que não conseguido o resultado almejado. Para tanto, indispensável o emprego de toda a ciência comum e normal existente no caso, e dos meios que a profissão requer.

No mesmo sentido, Coelho (2010, p. 335-336) apresenta a obrigação do médico como um meio e não como resultado, tendo em vista a complexidade do organismo humano:

O médico tem, pela natureza de suas funções e não pelo contrato que estabelece com o paciente, obrigações de meio e não de resultado. Não é responsável, em outros termos, pela cura dos enfermos que trata, mas pela perita adoção dos procedimentos recomendados pela medicina.

Na mesma linha de raciocínio, França (2013, p. 79) disserta que o médico, na relação de consumo com os clientes, não tem obrigação de resultado, pois o compromisso do médico é de usar todos os meios e exaurir atividades exercidas, portanto, deve usar a “prudência e diligenciar normalmente a prestação do serviço”. No caso de responsabilidade, “sendo a obrigação do médico uma

obrigação de meio, e não de resultado, é ele responsável pelo insucesso apenas quando fica provada a sua imprudência, imperícia, ou negligência.” (RODRIGUES, 2003, p. 250).

Diversamente do exposto até aqui, está a responsabilidade no caso de realização de cirurgia estética para melhorar aparência física, Nery Junior e Nery (2008, p. 745) explanam o seguinte:

O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar.

No mesmo sentido, dispõe Cavalieri Filho (2014, p. 445), na cirurgia estética o intuito do paciente é melhorar a aparência física, desse modo, o “médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido”.

Conforme o Código de defesa do consumidor (BRASIL, 2014-C), no artigo 14, §4º, o profissional liberal terá responsabilidade pessoal mediante a verificação de culpa¹³. Portanto, a responsabilidade do médico é subjetiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor e considerando que serviço é atividade de consumo mediante contraprestação, o médico é classificado como prestador de serviços. (VENOSA, 2013, p. 141).

Com base em Venosa (2013, p. 150) o médico é imperito e negligente quando “utilizar técnica ultrapassada, assim reconhecida pela comunidade da profissão.”

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2014-B) dispõe o seguinte no artigo 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.

Segundo Croce (2012, p. 04-05), para que o médico responda civil ou

¹³ “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL, *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, institui o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 06 mai 2014-C).

criminalmente, solicita a obrigatoriedade de que:

[...] o dano ou prejuízo tenha advindo exclusivamente por culpa, ou seja, por negligência, imperícia ou imprudência, e não por dolo, que é a direta intenção de produzir o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, já que, neste caso, responderá ele fora de sua profissão, como qualquer cidadão, seja qual for a natureza de seu mister.

Neste sentido, observa-se que a responsabilidade do médico ou profissional da saúde depende da culpa, ou seja, é subjetiva conforme expresso no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor. “O mesmo não ocorre com hospitais, clínicas e assemelhados que se colocam na posição de fornecedores de serviços, sob a teoria do risco.” (VENOSA, 2013, p. 145).

Há previsão de responsabilidade objetiva, segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁴ (BRASIL, 2014-A), quando o médico ou outro profissional da saúde atuar como funcionário público em hospital pertencente ao Estado e causar dano a paciente. (VENOSA, 2013, p. 146).

No mesmo sentido dispõe Cahali (2007, p. 88) que sempre que a classe de agente ou funcionário público contribuir para prática de ato danoso, “ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação de indenizar.”

Coelho (2010, p. 336) expõe sobre a responsabilidade individual do profissional que trabalha em equipe, neste sentido:

A imputação de responsabilidade a um deles pelo trabalho do outro pressupõe um dever de fiscalização por tudo incompatível com a divisão de tarefas recomendadas pelas modernas técnicas cirúrgicas e altamente prejudicial ao paciente. A responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais é individual, ainda que trabalhando em equipe.

Não sendo provada a culpa do profissional da área médica nos procedimentos adotados, o dano causado ao paciente deve ser suportado pelo mesmo. (COELHO, 2010). Por fim, o Código Civil estabelece que a prova da culpa,

¹⁴ Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 05 mai 2014-A).

bem como, nexa causal entre conduta e dano, compete à vítima, tanto na relação contratual ou extracontratual. “Será sempre menos custosa a prova da culpa quando existe contrato, quando se examina o inadimplemento.” (VENOSA, 2013, p. 159).

Venosa (2013, p 145) dispõe a existência do contrato¹⁵ e, a inexistente desse no âmbito médico, assim:

[...] existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou descumprimento, ou o inadimplemento parcial ou mora. Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato. Destarte, a responsabilidade contratual e a extracontratual surgem quase sempre concomitantemente.

O Código de Ética Médica (CFM, 2014-D), no seu capítulo III, que traz questões sobre a responsabilidade civil, sendo vedado, em seu artigo primeiro, “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”, bem como no parágrafo único a previsão de “a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”. Ou seja, responsabilidade subjetiva, devendo ser provado a culpa em tal ação ou omissão.

O artigo 3º do Código de Ética Médica (CFM, 2014-D) traz previsão que é vedado ao médico não assumir responsabilidade de procedimento que indicou ou do qual participou, mesmo que vários médicos tenham auxiliado o paciente.

A resolução nº 672/1975 (CFM, 2014-E) do Conselho Federal de Medicina informa ao médico que se mantenha atento as suas responsabilidades ética, civil, administrativa e penal, bem como considera o ato médico inerente a profissão médica. A Resolução nº 911/79 (CFM, 2014-F) traz conhecimento da responsabilidade direta das instituições de saúde, sejam elas públicas ou privadas.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, na sua Resolução nº42/1998 (CFM, 2014-G), dá ciência de que as conseqüências decorrente de ato médico são de exclusividade do médico, além de que os dirigentes de serviços de saúde serão responsabilizados pela prática da atividade por não médicos, por fim, sobre a responsabilidade civil do médico, mesmo sendo

¹⁵ “Contrato entre médico e paciente é singular, pois exige a colaboração direta ou indireta do paciente para que ocorra. O paciente é copartícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica. Esse contrato será *intuiti personae* na maioria das vezes, bilateral, de trato sucessivo, oneroso.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 146).

ele auxiliado por outros profissionais, será ele responsável pelo ato.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DE ATO IATROGÊNICO

4.1 IATROGENIA E SUAS ESPÉCIES

De acordo com Pereira et. al. (2000, p. 75) a expressão iatrogenia vem do grego (iatros = médico/ gignesthai = nascer, que deriva da palavra genesis = produzir) e é considerada como “qualquer alteração patológica provocada no paciente pela má prática médica.” Assim, a iatrogenia é um termo composto utilizado para indicar o que é ocasionado pelo médico, não sendo visualizado apenas pelo o que o médico fez, mas também pelo o que deixou de fazer ou que precisaria ter feito. (MORAES, 2003, p. 489).

Diversamente do entendimento de Pereira et. al. e de Moraes a respeito da iatrogenia, Carvalho (2013, p. 03) compreende como iatrogênico¹⁶ qualquer prejuízo causado pelo médico tanto em pessoas doentes quanto sadias, além disso, traz a expressão doença iatrogênica com sua origem do iatron (“local onde os médicos antigos guardavam seus instrumentos, davam consultas, faziam curativos e operações”), significando manifestações em qualquer etapa do tratamento efetuado pelo médico ou seus assistentes.

Conforme Stoco (2013, p. 765-766) iatrogenia é a expressão, no campo da responsabilidade civil médica, utilizada em decorrência de um dano a partir da atividade médica, ou seja, é considerada uma alteração patológica provocada no paciente por qualquer tipo de tratamento. Assim, o termo iatrogenia “busca expressar um dano causado ao paciente pelo médico em razão de ação ou omissão no exercício da sua atividade ou especialização.”

Os dicionários e enciclopédias médicas referem-se a expressão iatrogenia, segundo Carvalho (2013, p. 04), como:

[...] um estado anormal ou condição causada no paciente pelo médico, quando produz ansiedade ou neurose por afirmativas não judiciosas;

¹⁶ “Diz-se de um efeito colateral ou de um resultado indesejável causado pelo médico ou pelo tratamento que prescreveu. Alteração ou doença provocada pela medicação prescrita; p. ex.: tireotoxicose iatrogênica; coma hipoglicêmico iatrogênico.” (REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2003, p. 475).

produção ou indução de qualquer modificação nociva na condição psíquica ou somática de um paciente por meio de palavras ou ações do médico; alterações na saúde de um paciente surgidas como consequência do uso de certos medicamentos indicados pelo terapeuta; a provocação de problemas adicionais ou complicações resultantes do tratamento de um clínico ou cirurgião.

A denominação iatrogenia indica apenas um fato, não contendo qualquer qualificação ou contingente interno, “não traduz um fazer não permitido”, não tem referência de ilicitude, licitude, não passa por juízo de aprovação ou reprovabilidade, “traduz apenas um acontecimento ou resultado danoso decorrente da atuação médica. (STOCO, 2013, p. 766).

Em outro aspecto, como consequência dos males da cura, segundo Carvalho (2013, p. 04):

[...] a iatrogenia também identifica o meio de propagação; o oferecimento das armas terapêuticas de valor contestável; a exagerada propaganda de remédios junto aos estudantes de Medicina ou ao médico recém-formado; a automedicação, indicação de amigos e vizinhos que, mesmo solucionando muitas situações graves, geram complicações, síndromes e doenças.

De acordo com Pérez Tamayo apud Carvalho (2013, p. 04-05) a iatrogenia pode ser classificada em positiva e negativa, ou seja, na iatrogenia positiva as alterações no paciente são mínimas, e na iatrogenia negativa o paciente sofre alguma lesão decorrente do ato médico. Já segundo Moraes (2003, p. 489), as espécies de iatrogenia são três: as que apresentam lesões previsíveis e esperadas, “pois o procedimento proposto implica resultado com seqüela”; as de resultado previsível considerado como “perigo inerente a todo e qualquer procedimento”, ocorrendo em todos os graus, tanto do nulo quanto ao óbito; e a de resultados decorrentes da falha humana no exercício da profissão, aquelas “falhas passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico.”

Conforme Pereira et. al. (2000, p. 75-77) a iatrogenia pode ser classificada em dois tipos: a iatrogenia de omissão, que está vinculada pela ausência do médico, e a iatrogenia de ação, que provêm da atividade médica. Na iatrogenia de omissão quem deixa de agir é o médico, ocorrendo a iatrogenia, geralmente, pela má ponderação do risco, ou seja, o médico não teme os efeitos colaterais que podem até por em risco de morte o paciente. Nesses casos espera-se a doença evoluir utilizando um procedimento mais tradicional e de menor risco. Nos casos de iatrogenia de ação, o dano iatrogênico ocorre do ato médico e da sua

relação com o paciente na má prestação de informações clínicas e de exames auxiliares através do risco gerado pelos procedimentos e fármacos.

Neste sentido, Moraes (2003, p. 490-491) sustenta que pode ser considerado como iatrogênica toda cirurgia mutiladora, além de ser considerada lesão iatrogênica aquela decorrente das operações do cirurgião vascular, pois é uma especialidade extremamente iatrogênica. Desse modo, exemplificativamente, “caso gravíssimo é o decorrente da confusão da veia safena com a artéria femoral, durante a safenectomia¹⁷. A extração produz um quadro alarmante, que evolui para gangrena¹⁸. Trata-se de caso de imperícia.”

Pereira et. al (2000, p. 75) trazem estudo do ato iatrogênico nos casos de doença cardíaca:

O potencial risco iatrogênico convive constantemente com o diagnóstico e tratamento das doenças cardíacas, sejam de abordagem clínica ou cirúrgica. Considerando que os progressos em cardiologia são constantes e dinâmicos, podemos admitir que determinados métodos diagnósticos ou terapêuticos, que apresentam hoje indicações na abordagem do doente, poderão no futuro serão alvos de complicações ainda ignoradas, cuja prática que até então não era, passará a ser considerada iatrogênica. [...] Iatrogenias podem ameaçar a qualidade de vida do paciente, à medida que sequelas se mantenham definitivamente. Com o progressivo maior número de opções terapêuticas e métodos diagnósticos, eleva-se o risco de iatrogenia.

A título de exemplo, os problemas vasculares compreendem ato iatrogênico, tendo em vista que o tratamento constitui uma lesão definitiva, ou seja, no caso da gangrena o tratamento indicado é a amputação, isto é, provoca problema grave ao paciente pois limita a sua função. (MORAES, 2003).

Em outros modelos de procedimentos utilizados, a lesão causada no paciente é o único meio para se buscar a cura. Não há como retirar tumor ou apêndices sem cortar o tecido que recobre os órgãos. (STOCO, 2013, p. 767)

Do mesmo modo, como exemplo de ato iatrogênico, ainda que a incisão seja considerada um dano, no entendimento de Stoco (2013, p. 767):

Embora o corte seja uma lesão, essa lesão é permitida e lícita. Essa

¹⁷ “Ressecção parcial ou total de uma veia safena. Sua indicação está relacionada, em geral, com o tratamento de varizes.” (REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2003, p. 791).

¹⁸ “Necrose local de qualquer causa. Gangrena de um tecido mole devida à falta de irrigação sanguínea.” (REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2003, p. 400).

iatrogenia caracteriza ato lícito e permitido, pois a lesão é o meio pelo qual se busca o tratamento ou a intervenção que objetiva a cura ou o resultado favorável. Sem ela, o procedimento, ao menos no atual estágio da medicina, mostra-se impossível.

Existem situações que podem causar determinados riscos aos pacientes, dentre eles está intrínseco a relação do médico com seu paciente. Nesse caso, os danos podem ser comportamentais, que comumente não são consideradas iatrogênicas e nos efeitos não esperados dos medicamentos. “O médico deve sempre discutir com seu paciente a probabilidade desses efeitos antes de prescrevê-los, assim como avaliar a relação risco/benefício do seu uso.” (PEREIRA et. al., 2000, p. 76).

Com base em Pereira et. al (2000), se o medicamento for bem indicado e, posteriormente, apresentar efeitos colaterais, não resta caracterizado o dano iatrogênico. No entanto, se o profissional médico insistir em um tratamento ineficiente que apresentou problemas colaterais, aí sim, este deve ser considerado como caso de iatrogenia.

O profissional médico deve ater-se no seu trabalho, prevenir as doenças iatrogênicas, além, claro, de atender adequadamente seu paciente. Nesse sentido, Pereira et. al (2000, p. 77) explanam:

Cabe estar alerta quanto aos efeitos indesejáveis dos medicamentos, às complicações dos métodos diagnósticos e dos procedimentos terapêuticos e profiláticos¹⁹ e sua relação com o paciente. Atenção para a história clínica e aos sinais obtidos pelo exame físico executado com técnica adequada. Interpretar corretamente os exames subsidiários à luz dos dados clínicos, avaliar funcionalmente o paciente e, sempre que possível, seguir as normas das sociedades médicas credenciadas e, sobretudo, dedicar-se integralmente ao ato médico, impedindo desvios de atenção. Por fim, considerar a omissão tão danosa quanto a ação mal indicada.

Destarte, a técnica bem empregada, seguindo todos os ensinamentos da ciência médica, bem como, considerando e respeitando a reação física própria de cada pessoa, há que se chegar num resultado satisfatório sem correr risco de ocorrer ato iatrogênico por falha médica.

¹⁹ “Profilaxia: programa ou conjunto de medidas destinadas a preservar a saúde e prevenir a propagação de doenças transmissíveis, bem como reduzir os riscos ou a gravidade de doenças de outra natureza. Tratamento feito com caráter preventivo.” (REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2003, p. 726).

4.2 DIFERENÇAS ENTRE IATROGENIA E ERRO MÉDICO

Tendo em vista a análise do tema iatrogenia no subcapítulo anterior, daremos enfoque especial, a partir de então, ao erro médico e seus desdobramentos, para o alcance da compreensão e sua distinção da iatrogenia.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) datado em 2011 e citado por Cavalieri Filho (2014, p. 430), “milhões de pessoas morrem todo ano vítimas de erros médicos e infecções hospitalares, o que faz com que ir para hospital seja mais arriscado que viajar de avião”.

O erro médico, de acordo com França (2013, p. 253), “é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente”. O dano suportado pelo paciente pode ser assinalado como imprudência, imperícia ou negligência do médico no exercício de sua atividade profissional. “Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.”

No entendimento de Moraes (2003, p. 422) o erro médico é a falha do médico no exercício da sua profissão, isto é, um desvio do objetivo a ser alcançado, ou seja:

[...] vamos admitir que a *saúde* seja definida como o bem-estar do indivíduo, em seu sentido mais amplo; que a *doença* seja concebida como tudo que o afaste de tal situação e, finalmente, que o *serviço médico* envolva os procedimentos do médico para debelar a doença e restabelecer a saúde: nesse esquema, o erro médico é um desvio, maior ou menor, do objetivo a ser atingido. [...] Erro médico é, portanto, a falha do médico no exercício da profissão. Excluem-se dele as da própria natureza, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo profissional para o tratamento de um mal maior. Neste caso está a amputação de uma perna para tratar uma gangrena que, por si, poderia levar o doente à morte.

Para Schaefer (2002, p. 59-62) o erro médico decorre da ação ou omissão do médico, podendo ser esta, culposa ou dolosa. Segundo a autora, o médico trabalha com situações complexas e reações inesperadas devendo o profissional lidar com estes fatores, sempre tendo “em mente os limites da ética médica, da moral e da legislação brasileira”.

O erro médico engloba o erro profissional, sendo que Schaefer (2002) não concorda com a diferenciação que muitos magistrados fazem, também não aceita a ideia de que o médico só responde por algo que depende excepcionalmente dele,

tendo em vista que algumas reações podem ser previsíveis.

O erro profissional surge de falha, ou seja, segundo Schaefer (2002, p. 63) é decorrente de limitações:

Erro profissional seria aquele que decorre de falta não imputável ao médico, ou seja, é consequência das limitações materiais e tecnológicas da Medicina, bem como da impossibilidade de se precisar o diagnóstico, entre outros fatores que levam o médico a escolher condutas incorretas ou imprecisas. Não se confunde o erro profissional com a culpa *stricto sensu*, pois o erro profissional não é resultado da falta de observação das regras e princípios que a Medicina sugere.

Segundo Venosa (2013, p. 150), há erro profissional²⁰ quando procedimento médico está correto, porém o método utilizado é incorreto. Existirá imperícia, “ensejadora da culpa, quando a conduta médica é incorreta. Sustenta a doutrina mais antiga que o julgador não pode adentrar no exame da técnica do profissional, mas essa não pode ser uma regra inflexível”.

De acordo com Carvalho (2013, p. 67-70) o erro médico tem como abrangência o erro de diagnóstico e o erro escusável. O primeiro está caracterizado pelo “enquadramento clínico baseado na capacidade subjetiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, as condições de saúde do paciente”. Após identificar a doença escolhe-se o tratamento apropriado à patologia.

O erro de diagnóstico²¹ surge de uma verificação mal desempenhada, “quase sempre marcada pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência do investigador”. (CARVALHO, 2013, p. 68).

Para Kfoury Neto (2013, p. 102) o erro de diagnóstico caracteriza-se pela escolha do “tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso”.

²⁰ No mesmo sentido, “há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 433).

²¹ “Diagnóstico significa a determinação da doença, das causas que a determinaram, dos caracteres e dos efeitos. Constitui uma operação delicada, feita em vista dos sintomas apresentados, dos exames e verificações auscultadas em face de testes e de múltiplas reações.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 332).

O erro de diagnóstico, segundo Gonçalves (2013, p. 268), é a determinação da doença e das suas causas, entende-se que não gera responsabilidade “desde que escusável²² em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos”. No entanto, tendo em vista atualmente o avanço tecnológico o qual permite “ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade” do citado profissional quando não investir contra o mal que acomete o paciente e, em virtude de diagnóstico apressado, o conduzir a procedimento vago com conseqüência da agravação da doença.

Neste sentido, Carvalho (2013, p. 68) explana a conseqüência de um procedimento insuficiente:

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

Segundo Carvalho (2013, p. 69), comprovado que o médico agiu conforme as técnicas atuais da ciência médica, “diagnosticando de forma consciente e cuidadosa, afasta-se a possibilidade de o erro dar margem à culpa, apesar do mau resultado”. Se ocorrer erro nestes termos, considera-se como “escusável desprovido do caráter punitivo-indenizatório da intervenção”.

Entende-se por erro escusável, por linhas gerais, “aquele que era inevitável, ou seja, mesmo que o agente tivesse tomado todas as cautelas o dano ocorria”. Por outro lado, o erro inescusável é “aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado cautelas diversas e necessárias antes de agir é, portanto, evitável²³”. (SCHAEFER, 2002, p. 62).

O erro escusável, portanto, decorre de uma falha não imputada ao médico, por isso, “a necessidade de a análise ser feita levando-se em consideração todas as circunstâncias que antecedem o dano ocorrido”. (CARVALHO, 2013, p. 69).

²² No mesmo sentido, “o erro de diagnóstico escusável ante o estado atual da medicina isenta o médico de qualquer responsabilidade, mas, se grosseiro, levará o médico a responder por isso.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Volume 7. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 347).

²³ “Cumpra distinguir se erro é escusável ou inescusável. O primeiro é aquele inevitável, ou impossível ao homem mediano, no exercício de suas atividades, evitá-lo. O inescusável corresponde ao que era possível evitar.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 332).

No entendimento de Moraes (2003, p. 426), o erro médico é qualificado pela Justiça quando há dano ao paciente, seguido denexo causal e tratamento com falhas provocado pelo ato médico, sendo: negligência, imperícia e imprudência. Para caracterizar o erro médico faz-se imprescindível o dano ao paciente, ato médico, nexode causa e efeito entre tratamento e lesão causada e uma das falhas citadas (imprudência, negligência e imperícia). Se não houver qualquer elemento descrito está descaracterizado o erro médico. No caso de dano à saúde do paciente por ação ou omissão no exercício profissional “somente se lhe imputará o erro se for comprovado o nexo causal entre sua ou suas falhas e o mau resultado para o doente.” Também de acordo com Rizzardo (2007, p. 329), para a tipificação da responsabilidade e do erro grosseiro, constitui *conditio sine qua non* a presença da culpa nos casos de imprudência, negligência ou imperícia²⁴.

Moraes (2003, p. 438) traz abordagem da ação culposa sob a perspectiva da condenação do médico nos casos de erro médico:

É digno de registro o fato de todas as ações em que o médico foi condenado, seja pelos Conselhos de Medicina ou pela Justiça, terem sido enquadradas como erro culposo. Este se refere aos casos em que o médico, no exercício da profissão, prejudicou o seu paciente, o qual devia antes beneficiar, mas sem querer especificamente esse resultado, seja porque não fez o que devia (negligência), seja porque fez o que não devia (imprudência), seja porque fez errada ou equivocadamente o que devia fazer (imperícia).

Conforme Kfoury Neto (2013, p. 99), os operadores jurídicos têm dificuldades em verificar o erro médico, pois nas ações indenizatórias:

[...] os advogados pintam com tintas carregadas as evidências de má prática médica, ao passo que os patronos dos requeridos, respaldados em compêndios científicos e laudos periciais, demonstram que o profissional em momento nenhum afastou-se dos cânones que a ciência médica estabelece para o procedimento questionado.

²⁴ “No pertinente à imprudência, o médico assume procedimentos de risco para o paciente sem respaldo científico, ou sem esclarecimentos e anuência prévia do paciente ou de seu representante legal. Efetua-se uma cirurgia sem aprovação científica, sendo certas as complicações pós-operatórias que surgem.” “Quanto à negligência, delineia-se na passividade, na inércia, na falta de ação, na indolência, na preguiça mental, no descuido, na falta de estudo ou de um exame mais apurado, sendo tudo fruto do descaso, da displicência, ou desinteresse.” “Já a imperícia revela-se na incapacidade para o caso, na insuficiência de conhecimento, no despreparo prático. Não sabe o médico realizar adequadamente o ato cirúrgico. Não são observadas as normas técnicas recomendáveis pela ciência médica. Falta a aptidão técnica e teórica. Denota-se a carência de conhecimentos sobre a cirurgia ou a medição em face dos sintomas revelados pelo paciente.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 330).

Kfouri Neto (2013, p. 99-101) destaca que é indubitosa que a prática médica realizou-se e indiscutível a existência do dano, no entanto, o nexo causal e a ocorrência da culpa passam a desafiar o julgador, necessitando este das informações que o próprio juízo solicitou. “O Magistrado, na apreciação da prova, deverá considerar o dano, estabelecer o nexo causal e avaliar as circunstâncias do ato médico sem tergiversações.” Além do mais, ponderando “as condições anteriores do paciente, a conduta médica e a consequência danosa, estabelecer-se-á a culpa”.

O poder judiciário, segundo Diniz (2014, p. 347), terá competência de analisar as provas nos autos para constatar se houve ou não a culpa do profissional por erro médico, lembra-se:

[...] que o médico, que cometer falta grave prevista no Código de Ética Médica, cuja continuidade do exercício da medicina constituir risco de dano irreparável ao paciente ou à sociedade, poderá ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico.

No campo da responsabilidade, segundo França (2013, p. 253-254), o erro médico pode ser fundado na ordem pessoal e outro na ordem estrutural. Esta está relacionada aos meios e as condições de trabalho precárias ou inúteis para uma resposta satisfatória. Sendo que, aquela possui vínculo com o despreparo intelectual e técnico, “por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais”. Além disso, está atrelado a dois vieses de responsabilidade: a moral e a legal. A legal “é atribuída pelos tribunais, podendo comportar, entre outras, as ações penais e civis. A responsabilidade moral é da competência dos Conselhos de Medicina, através de processos ético-disciplinares”.

Portanto, percebe-se que o erro médico pode ser considerado como sinônimo de erro profissional, mesmo havendo discordância na doutrina. Do mesmo modo, o erro médico possui ramificações através de erro de diagnóstico – abrangendo a negligência -, o erro escusável e inescusável e, também o erro grotesco ou grosseiro, todos com suas possibilidades e vertentes para caracterização do erro e sua responsabilização.

4.3 (IM) POSSIBILIDADE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DE ATO IATROGÊNICO

A análise da (im) possibilidade responsabilidade civil médica decorrente de ato iatrogênico tem por objetivo trazer entendimento doutrinário e julgados pátrios sobre o assunto, assim, considerando o ato iatrogênico como alterações patológicas provocada por atividade médica, existem dois posicionamentos sobre o objeto tratado, um contrário a responsabilidade civil e outro favorável a responsabilidade civil médica decorrente de ato iatrogênico.

Segundo Carvalho (2013, p. 07) a responsabilidade civil e a iatrogenia são expressões excludentes e inconciliáveis dentro de um mesmo mundo jurídico, “inconciliáveis porque a iatrogenia, ou “erro escusável” – *faut du service* -, uma vez caracterizada, não gera a responsabilidade em qualquer uma de suas vertentes: civil, penal e administrativa”. Chega próximo a um pequeno defeito de “conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica²⁵.”

De acordo com Carvalho (2013, p. 08), verifica-se, assim, que a “dificuldade reside exatamente na impossibilidade de se estabelecer no que consiste a iatrogenia e a culpa, no ato médico de diagnosticar ou prescrever o tratamento adequado ao paciente”.

Tendo em vista que a medicina conceitua a iatrogenia como qualquer dano causado ao paciente pelo ato médico ou prejuízos gerados pelo procedimento prescrito, estanca o ingresso no âmbito da responsabilidade civil, pois os profissionais da área da saúde, “assumem uma obrigação de meios com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm e que seus pacientes presumem estejam no domínio do esculápio, cujo eventual desvio não vai além da relação terapêutica.” (CARVALHO, 2013, p. 08)

No campo doutrinário e jurídico, conforme Carvalho (2013, p. 08), observa-se:

²⁵ O dano causado por ato médico através de fármacos ou uso de técnicas não caracteriza a responsabilidade civil e, também por via de consequência, direito à indenização, neste sentido “[...] a iatrogenia, ou doença iatrogênica, cujo dano, ocasionado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, através do uso de técnicas e de fármacos necessários para vencer crises ou surtos, não caracterizaria, ao revés, a responsabilidade civil e, conseqüentemente, direito à indenização reparatória. (CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico: sob o enfoque da responsabilidade civil*. 4ªed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 07).

[...] que apenas as lesões previsíveis – esperadas ou não – e decorrentes do iter procedimental é que podem ser conceituadas como iatrogênicas. Logo, as lesões que decorram de “falha de comportamento humano”, cuja causa geradora tenha sido a imprudência, a negligência ou a imperícia médica, não tipifica o dano iatrogênico, ingressando, pois, no campo da ilicitude e, conseqüentemente, na esfera específica da responsabilidade civil.

Carvalho (2013, p. 08) também alude que o dano, mesmo sendo uma atitude reprovada no campo jurídico, é necessário e faz parte do procedimento:

A ação consciente e deliberada do profissional médico, decorrente, portanto, de uma vontade direcionada a um determinado resultado (dano), não pode ser encarada como comportamento reprovado pelo ordenamento jurídico, uma vez que a lesão, por ser necessária, é previsível, e faz parte do tratamento que se tem por necessário (cirurgias mutiladoras, gastrectomias, colecistectomias, apendicectomias, reações alérgicas decorrentes do uso de contrastes radiológicos, etc.).

A negligência, descaso e omissão, conseqüentemente não geram em nenhuma forma o dano iatrogênico, mas o dano culpável e suas respectivas conseqüências. São requisitos do dano iatrogênico a previsão do dano e a necessidade da produção, derivado de um ato médico guiado a um resultado, sendo previsível, deste modo, “é o meio lícito para se atingir o fim colimado, de acordo com o procedimento técnico recomendado pela doutrina e prática médicas.” (CARVALHO, 2013, p. 08-09).

A diferença entre a iatrogenia (quase ilícito) e a responsabilidade civil (ilícito civil), tendo em vista a falta de padrão jurídico mais a ausência de análise pela doutrina e tribunais, torna incerta a separação entre os efeitos jurídicos do quase-ilícito e do ilícito civil. Desse modo, “nessa via de mão única, a distinção entre a iatrogenia e a responsabilidade civil torna tormentosa a tarefa imposta ao Judiciário, a quem cabe dizer o direito, fixando a responsabilidade.” (CARVALHO, 2013, p. 09).

Além de tratar a iatrogenia no âmbito da responsabilidade civil, Carvalho (2013, p.10) ressalva que muitos profissionais usam a atividade médica para afastar a responsabilidade civil e penal alegando que a profissão tem peculiaridades específicas. Neste sentido:

De fato, a arte de curar, como ciência inexata, vem servindo de pano de fundo por alguns profissionais para afastar a responsabilidade penal e civil, sob o argumento de que a conduta médica não pode ser equiparada à de qualquer outro profissional, por suas características próprias, apesar das suas conseqüências que, em alguns casos, são irreparáveis.

É inegável que alguns atos médicos provocam efeitos psicossociais inesperados, mesmo sendo considerados “como iatrogênicas, escondem, sob o manto da simulação, um dano que poderia ser evitado, fruto de situação em que o médico, apesar da previsibilidade nociva, anuiu com o resultado.” Com isso, uma vez encontrado o vício no tratamento, que apenas busca encobrir o resultado desfavorável ao paciente, reconhece-se a conduta ilícita do médico passível de punição. (CARVALHO, 2013, p. 09-10).

Assim, dentro da responsabilidade civil, a iatrogenia “pode revelar-se ora levemente esperada, ora conscientemente assumida. Divulga-se como causa normal do procedimento técnico, sem qualquer questionamento quanto à conduta médica adotada.” (CARVALHO, 2013, p. 10).

No mesmo sentido, entende Gonçalves (2013, p. 268), que a iatrogenia não gera a responsabilidade civil do médico, “aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica, sendo por isso escusável.” A situação se difere quando profissional mostra-se imperito, imprudente e negligente, portanto, “exsurge a responsabilidade civil decorrente da violação consciente de um dever ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado.”

Na mesma linha de raciocínio de Carvalho (2013) e de Gonçalves (2013), Barros Junior (2011, p. 78) entende que a iatrogenia não possui força jurídica para gerar uma obrigação de indenizar, neste sentido:

A lesão iatrogênica, equiparada ao caso fortuito externo em matéria médica, é aquela causada pelo atuar correto do esculápio, em absoluta observância das normas e dos princípios ditados pela ciência médica. Na lesão iatrogênica há evidente nexos causal, porém há carência de força jurídica capaz de impor a obrigação indenizatória. Uma vez constatada uma lesão iatrogênica, implicar-se-á, automaticamente, a ruptura do nexos de causalidade entre o dano sofrido e a conduta médica. Toda a atenção dos juristas é pouca para o tema, em face do assunto ser novo e de desconhecimento geral, mas nem por isso prescindível para a busca da verdade real e do justo provimento judicial.

Diversamente do exposto, Stoco (2013, p. 769) discorda de Carvalho (2013) quando este afirma a responsabilidade civil e a iatrogenia como expressões excludentes e inconciliáveis, próximas apenas de uma imperfeição científica, tendo em vista que:

[...] a iatrogenia representa um dano causado ao paciente pelo médico, em razão da sua ação ou omissão no exercício da sua atividade ou especialização, e que iatrogenia é um fato natural que poderá qualificar-se como ato jurídico, e, portanto, lícito, ou ato sem respaldo na lei, e, portanto, ilícito, como, aliás todos os demais atos, praticados no mundo fenomênico. Ora, se a iatrogenia, ou seja, o dano consubstanciado em alteração patológica – provocada no paciente por tratamento de qualquer tipo -, decorrer de vontade consciente e deliberada de causar o mal, o médico terá agido com dolo, ou seja, vontade dirigida a um fim, comportamento esse reprovado pelo ordenamento jurídico.

Para Stoco (2013, p. 769), a negligência, o descaso, e a omissão não são razões para descartar evento iatrogênico, ou seja, “não se descarta a existência de um resultado danoso ou iatrogênico derivado de um agir negligente, quando, por omissão, descaso, indolência ou má vontade, o profissional desempenha mal o seu mister e de forma comprometedora.”

Pode também ocorrer iatrogenia por imprudência, constituída pelo excesso de trabalho, exagero de confiança e pela pressa. Do mesmo modo, a imperícia, considerado por Stoco (2013, p. 769) como “erro inescusável configurador do erro médico por falta de domínio da técnica exigida, também poderá conduzir à iatrogenia.” Além disso, poderá ensejar a iatrogenia o agir com culpa, isto é, “a culpa *stricto sensu* do profissional e o seu ato será considerado ilícito e, portanto, punível, empenhando sua obrigação de indenizar.”

Com fundamento na culpa, o evento danoso é inserido no campo da responsabilidade civil, Stoco (2013, p. 769):

Do que se conclui que a iatrogenia como dano à pessoa – quando decorra de uma conduta culposa do agente (profissional da área médica) e, assim, se possa identificar um nexo etiológico entre essa conduta e o resultado iatrogênico – transforma o ato danoso em ato ilícito, insere-se na teoria da culpa e passa a ser regido pelas regras da responsabilidade civil.

Em julgados do Estado de Santa Catarina que abrangem o tema da iatrogenia e da responsabilidade civil, a Quarta Câmara de Direito Civil afastou da discussão a questão da iatrogenia na Apelação Cível da Ação de Indenização em decorrência de complicações no pós-operatório, o Desembargador Luiz Fernando Boller entendeu que a paciente cooperou para o agravamento do estado de saúde, nesse sentido, manteve a responsabilidade da cirurgiã e reduziu a indenização por dano moral:

Não há que se falar em iatrogenia quando a alteração do quadro clínico do

paciente ocorre em razão de malsucedido ato cirúrgico, sobretudo quando há o retardamento do diagnóstico da complicação e prescrição do tratamento respectivo, ensejando a realização de novo procedimento em caráter de emergência. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível da Quarta Câmara de Direito Civil nº 2008.028459-0, de Itajaí. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Julgado em 15 de dez de 2011).

Em outro julgado, a Câmara Especial Regional de Chapecó também em Apelação Cível, em matéria indenizatória e por questões de complicações no pós-operatório, o Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior entendeu que não restou comprovada a responsabilidade subjetiva do médico apesar de constatado a existência de lesão iatrogênica e seu nexo causal com a cirurgia realizada, nesse caso:

[...] pelas respostas do perito percebe-se que, de início, o réu teria procedido de forma correta, porém o laudo pericial não é uníssono ao discorrer sobre a escorreta atuação do réu, porquanto embora informe que as ações se deram dentro da técnica médica o laudo faz referência a existência de uma lesão iatrogênica como causa da culpa do médico. [...] Conforme relatório da cirurgia realizada no Hospital Universitário em 06/12/2001 foi identificado lesão iatrogênica da via biliar principal com ligadura do coto proximal e distal do colédoco, portanto existe nexo de causalidade entre a cirurgia realizada em 30/11/2001. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível da Câmara Especial Regional de Chapecó nº 2013.002027-7, de São Carlos. Relator: Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior. Julgado em 12 de mar de 2013).

Em julgado da Quarta Câmara de Direito Civil em pedido de indenização por erro médico, a paciente foi submetida a cirurgia de histerectomia (que consiste na retirada do útero) e apresentou perfuração na bexiga com ocorrência de hemorragia interna. A responsabilidade subjetiva não restou comprovada, portanto, inexistiu o dever de indenizar, porém, o Desembargador Jorge Luis Costa Beber, a respeito do tema iatrogênico, trouxe:

[...] há abissal diferença entre erro médico e lesão iatrogênica *stricto sensu*, que deriva precisamente do atuar médico correto. A despeito de toda cautela e aplicação da melhor técnica ditada pela ciência, é possível que sobrevenha no paciente alguma lesão em decorrência daquele agir. [...] não soa desarrazoada a possibilidade de lesões a órgãos periféricos durante a cirurgia de histerectomia, que devem ser admitidas como fruto de iatrogenia ou mera intercorrência médica, que nada mais representa do que complicações decorrentes do risco cirúrgico, o que rompe o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do médico, justo que a lesão iatrogênica é inevitável e, às vezes, imprevisível. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível da Quarta Câmara de Direito Civil nº 2010.086209-2, da Capital. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 21 de fev de 2013).

Por fim, vislumbra-se que a impossibilidade da responsabilidade civil médica decorrente de ato iatrogênico possui alicerce na obra de Carvalho (2013) com a confirmação de que a iatrogenia é erro escusável, isto é, está vinculada apenas a procedimento com lesões previsíveis, portanto, não há que se falar em responsabilidade civil, menos ainda em direito à indenização. O profissional da área da saúde tem obrigação de meio e não de resultado, ou seja, se for verificada a imprudência, negligência ou imperícia não se trata de dano iatrogênico, mas parte do campo da ilicitude, conseqüentemente, da responsabilidade civil.

A possibilidade da responsabilidade civil decorrente de ato iatrogênico possui base no entendimento de Stoco (2013), com afirmação de que a iatrogenia é um dano causado ao paciente pela atividade médica e, considerando que a iatrogenia é um fato natural qualificado como ato jurídico, logo, o dano provocado a partir de qualquer alteração patológica no paciente configura dolo. Quando o profissional da saúde age com vontade consciente de provocar o mal, entra no âmbito da responsabilidade civil.

5 CONCLUSÃO

O direito da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à saúde foram apresentados pelos doutrinadores como um bem inalienável e irrenunciável, são princípios fundamentais e intrínsecos a todo ser humano, possuem direito à proteção diante de qualquer ameaça, devendo o Estado promover a garantia dos direitos fundamentais, assegurando condições mínimas para que qualquer cidadão possa usufruir de uma vida com dignidade e saúde.

A responsabilidade civil como dever jurídico de recomposição de dano, ou seja, quando alguém é obrigado a reparar o dano patrimonial ou moral causado a terceiro, seja por ato próprio, por quem ele responde ou por obrigação legal, em sua aplicação na esfera médica, verificou-se, primeiramente, que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, por esta razão o médico somente será responsável civilmente se causar dano ao paciente por imperícia, negligência ou imprudência, isto é, erro médico.

Desta forma, fez-se necessário distinguir o ato iatrogênico do erro médico, sendo o ato iatrogênico o dano provocado pelo médico, por ação ou omissão, no exercício da atividade profissional, possuindo duas vertentes para explicitar a (im) possibilidade da responsabilidade civil do médico decorrente de ato iatrogênico.

Portanto, observou-se que Stoco (2013) possui posição favorável a possibilidade da responsabilidade civil do médico decorrente de ato iatrogênico com afirmação de que a iatrogenia é um dano causado ao paciente pela atividade médica e, conseqüentemente é um fato natural qualificado como ato jurídico, logo, o dano provocado a partir de qualquer alteração patológica no paciente configura dolo, surgindo deste modo a abertura para responsabilização. Quando o profissional da saúde age com vontade consciente de provocar o mal, entra no âmbito da responsabilidade civil, não sendo a negligência, o descaso, omissão e a conduta culposa do médico razões para descartar o resultado iatrogênico, pois o ato danoso se transforma em ato ilícito e insere-se na teoria da culpa e passa a ser conduzido pela regra da responsabilidade civil.

Contrariamente de Stoco (2013), vislumbra-se que a impossibilidade da responsabilidade civil médica decorrente de ato iatrogênico possui alicerce na obra de Carvalho (2013), Gonçalves (2013) e de Barros Júnior (2011), com a confirmação

de que a iatrogenia é erro escusável, isto é, está vinculado apenas a procedimento com lesões previsíveis, portanto, não há que se falar em responsabilidade civil, menos ainda em direito à indenização. Do mesmo modo, os julgados do Estado de Santa Catarina afastam a questão da iatrogenia da responsabilidade civil, mesmo estando presente a existência do dano iatrogênico e o nexo causal com a cirurgia realizada, ainda assim, afastam a aplicação da responsabilidade subjetiva, fundamentando que a lesão iatrogênica é muitas vezes inevitável e imprevisível. Constatada a lesão iatrogênica, automaticamente, haverá ruptura no nexo causal entre o dano sofrido e a conduta médica, pois a iatrogenia não possui força jurídica para gerar uma obrigação de indenizar, o profissional da área da saúde tem obrigação de meio e não de resultado, ou seja, se for verificada a imprudência, negligência ou imperícia não se tratará de dano iatrogênico, mas parte do campo da ilicitude, conseqüentemente, da responsabilidade civil.

Por fim, com base em todo o exposto, entendemos pela possibilidade da responsabilidade civil do médico decorrente de ato iatrogênico com análise caso a caso. Nesse viés, a princípio, a obrigação do médico é de meio e não de resultado, sendo que se responder civilmente será por erro médico: imprudência, negligência ou imperícia. Porém, a dificuldade do paciente em provar algum desses três elementos é realidade e o Poder Judiciário não se satisfaz com demonstração de laudos e exames. Mesmo com a confirmação da lesão iatrogênica pelo perito, a possibilidade de indenização pode ser descartada por não haver provas suficientes para caracterizar a responsabilidade subjetiva médica. Por isso, acreditamos na supremacia de aplicação do postulado da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à vida e à saúde em casos de ato iatrogênico.

6 METODOLOGIA

O presente trabalho possui o método de abordagem dedutivo, pois parte do conceito geral da responsabilidade civil para chegar até a particularidade da responsabilidade civil médica decorrente de ato iatrogênico, tendo em vista que a iatrogenia é considerado um dano decorrente de atividade médica por emprego de medicamento, ato cirúrgico ou procedimentos médicos que causam prejuízo tanto a pessoas sadias ou doentes. Analisa-se, por fim, a diferenciação do erro médico da iatrogenia e a sua possível aplicabilidade ou inaplicabilidade da responsabilidade civil do médico que provoca dano iatrogênico no paciente.

Possui natureza qualitativa, com método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica, com base em legislações, doutrinas, artigos científicos e jurisprudências.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 05 mai 2014-A.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 05 mai 2014-B

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990, institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 06 mai 2014-C

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Yussef Sai. **Responsabilidade civil do estado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **latrogenia e erro médico: sob o enfoque da responsabilidade civil**. 4ªed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**, Documento aprovado pelo plenário do Conselho Federal de Medicina e publicado no Diário Oficial da União (Resolução CFM Nº 1931, de 17 de setembro de 2009), que contém as normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem. Disponível em: <http://www.cfm.org.br>. Acesso em 06 mai 2014-D

_____. **Resolução nº 672**, de 18 de julho de 1975. Determina que os médicos se mantenham atentos as suas responsabilidades: ética, administrativa, penal e civil. Disponível em: <http://www.cfm.org.br>. Acesso em 06 mai 2014-E

_____. **Resolução nº 911**, de 01 de março de 1979. Recomenda especial atenção aos profissionais para a responsabilidade direta de suas instituições. Disponível em: <http://www.cfm.org.br>. Acesso em 06 mai 2014-F

_____. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. **Resolução nº 42**, de 22 de outubro de 1998. Define ato médico, enumera critérios e exigências para o exercício da profissão médica. Disponível em: <http://www.cremesc.org.br>. Acesso em 06 mai 2014-G

CROCE, Delton. **Erro médico e o direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Volume 7. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O estado atual do biodireito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi.(Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 3ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. São Paulo: MP Ed., 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Responsabilidade civil**. Volume 4. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética: Sobre la práctica del principio de responsabilidad**. Tradcción Carlos Fortea Gil. Espanha: Paidós, 1997.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. v.7. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV, Direitos Fundamentais. 3ª Ed., Rev., Actual. Portugal: Coimbra Editora, 2000-A.

_____. **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. Portugal: Princípia, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Irary Novah. **Erro médico e a justiça**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA [et. al.], Afonso Celso; FRANKEN, Roberto Alexandre; SPROVIERI, Sandra Regina Schawarzwald; GOLIN, Valdir. Iatrogenia em cardiologia. In: **Arquivos brasileiros de cardiologia**. Vol. 75, nº 1, São Paulo, Sociedade Brasileira de Cardiologia, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, [revisão da tradução Eduardo Brandão]. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINHEIRO, Roseni; ASENSI, Felipe Dutra. Direito vivo, dádiva e integralidade: uma triangulação para pesquisar o direito à saúde. In: PINHEIRO, Roseni; MARTINS, Paulo Henrique. (Org.). **Usuários, redes sociais, mediações e integralidade em saúde**. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/LAPPIS, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REY, Luís. **Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível da nº 2008.028459-0. Itajaí. Apelante Marly de Sá Lopes. Apelada Neide Bini. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Luiz Fernando Boller. Julgado em 15 de dez de 2011. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2013.002027-7. São Carlos. Apelante Seliria Lucia Watte. Apelado Sizenando de Souza Filho. Câmara Especial Regional de Chapecó. Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior. Julgado em 12 de mar de 2013. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2010.086209-2. Florianópolis. Apelante Lúcia Helena Popa. Apelados: Jorge Alberto de Mattos, Clínica Santa Helena Ltda e Unimed de Joinville Cooperativa de Trabalho Médico. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 21 de fev de 2013. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 14 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª Ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

_____. (Org.). **Dimensão da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2002.

SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. Transplantes de órgãos e tecidos e a funcionalização do corpo: uma análise à luz do direito brasileiro. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. Tomo I. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.