ALBERTO SOITI YOSHIDA

ERROS MÉDICO-VETERINÁRIOS: I. CARACTERIZAÇÃO DA CASUÍSTICA E CIRCUNSTÂNCIAS DE OCORRÊNCIA EM ANIMAIS SUBMETIDOS À NECROPSIA DO SERVIÇO DE PATOLOGIA ANIMAL – FMVZ/USP E ANÁLISE À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA; II. ANÁLISES DAS SENTENÇAS DOS PROCESSOS JUDICIAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA NO ESTADO DE SÃO PAULO; III. ANÁLISES DAS SENTENÇAS DOS PROCESSOS JUDICIAIS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NO ESTADO DE SÃO PAULO DE ÓBITOS DE ANIMAIS EM ESTABELECIMENTOS VETERINÁRIOS DE BANHO E TOSA

São Paulo

2020

ALBERTO SOITI YOSHIDA

Erros médico-veterinários: I. Caracterização da casuística e circunstâncias de ocorrência em animais submetidos à necropsia do Serviço de Patologia Animal – FMVZ/USP e análise à luz da legislação brasileira; II. Análises das sentenças dos processos judiciais de segunda instância no Estado de São Paulo; III. Análises das sentenças dos processos judiciais de primeira instância no Estado de São Paulo de óbitos de animais em estabelecimentos veterinários de banho e tosa

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Patologia Experimental e Comparada da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Ciências.

Departamento:
Patologia

Área de concentração:
Patologia Experimental e Comparada

Orientador:
Prof. Dr. Paulo César Maiorka

São Paulo
2020

Autorizo a reprodução parcial ou total desta obra, para fins acadêmicos, desde que citada a fonte.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

(Biblioteca Virginie Buff D'Ápice da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo)

T. 3891
FMVZ

Yoshida, Alberto Soiti

Erros médico-veterinários: I. Caracterização da casuística e circunstâncias de ocorrência em animais submetidos à necropsia do Serviço de Patologia Animal – FMVZ/USP e análise à luz da legislação brasileira; II. Análises das sentenças dos processos judiciais de segunda instância no Estado de São Paulo; III. Análises das sentenças dos processos judiciais de primeira instância no Estado de São Paulo de óbitos de animais em estabelecimentos veterinários de banho e tosa / Alberto Soiti Yoshida. – 2020.

183 f. : il.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia. Departamento de Patologia, São Paulo, 2020.

Programa de Pós-Graduação: Patologia Experimental e Comparada.

Área de concentração: Patologia Experimental e Comparada.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Maiorka.

1. Erro médico veterinário. 2. Responsabilidade Civil. 3.Culpa. 4.Consumidor. 5. Medicina Veterinária Legal. I. Título.

São Paulo, 18 de dezembro de 2019
CEUAx N 2194261119

Ilmo(a). Sr(a).

Responsável: Paulo César Maiorka

Área: Patologia Experimental E Comparada

Equipe envolvida: Alberto Soiti Yoshida - [executor](#) (fmvz/usp); Paulo César Maiorka (orientador)

Título do projeto: "Erros médico-veterinários: I. Caracterização da casuística e circunstâncias de ocorrência em animais submetidos à necropsia do Serviço de Patologia Animal □ FMVZ/USP e análise à luz da legislação brasileira; II. Análises das sentenças dos processos judiciais de segunda instância no Estado de São Paulo; III. Análises das sentenças dos processos judiciais de primeira instância no Estado de São Paulo de óbitos de animais em estabelecimentos veterinários de banho e tosa".

Parecer Consubstanciado da CEUA FMVZ

A Comissão de Ética no Uso de Animais da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo, na reunião de 17/12/2019, **ANALISOU** e **APROVOU** o protocolo de estudo acima referenciado. A partir desta data, é dever do pesquisador:

1. Comunicar toda e qualquer alteração do protocolo.
2. Comunicar imediatamente ao Comitê qualquer evento adverso ocorrido durante o desenvolvimento do protocolo.
3. Os dados individuais de todas as etapas da pesquisa devem ser mantidos em local seguro por 5 anos para possível auditoria dos órgãos competentes.
4. **Relatórios parciais** de andamento deverão ser enviados **anualmente** à CEUA até a conclusão do protocolo.

Profa. Dra. Anneliese de Souza Traldi

Coordenador da Comissão de Ética no Uso de Animais

Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade
de São Paulo

Roseli da Costa Gomes

Secretaria

Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade
de São Paulo

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Autor: YOSHIDA, Alberto Soiti

Título: **Erros médico-veterinários:** I. Caracterização da casuística e circunstâncias de ocorrência em animais submetidos à necropsia do Serviço de Patologia Animal – FMVZ/USP e análise à luz da legislação brasileira; II. Análises das sentenças dos processos judiciais de segunda instância no Estado de São Paulo; III. Análises das sentenças dos processos judiciais de primeira instância no Estado de São Paulo de óbitos de animais em estabelecimentos veterinários de banho e tosa

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Patologia Experimental e Comparada da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Ciências

Data: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

DEDICATÓRIA

À minha esposa Márcia pelo apoio incondicional e compreensão durante o período deste trabalho.

Aos meus filhos Vinícius e Karen que proporcionaram a força e estímulo para continuar evoluindo.

Aos meus pais Soichiro (*in memoriam*) e Chidori que semearam na minha formação a humildade, honestidade e disciplina.

Ao Marcos, meu irmão, parceiro e cumplicidade na convivência familiar.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador, Professor Dr. Paulo César Maiorka, pela ótima condução dos trabalhos e por acreditar neste projeto.

Aos professores do Departamento de Patologia Veterinária, em especial à Professora Dra. Claudia Momo, pela excelência qualidade técnica agregada ao trabalho.

Às alunas de Pós-Graduação, Marina Frota de Albuquerque Landi, Cíntia Navarro Alves de Souza e Celina Seiko Takenaka pela colaboração e dedicação incansável.

Ao Prof. José Willian Costa (matemática), exemplo de luta e de família.

A todos funcionários do Departamento de Patologia Veterinária da FMVZ/USP.

"Todos os argumentos para provar a superioridade do homem não podem quebrar essa dura realidade: no sofrimento, os animais são nossos iguais."

Peter Singer

RESUMO

YOSHIDA, A. S. **Erros médico-veterinários:** I. Caracterização da casuística e circunstâncias de ocorrência em animais submetidos à necropsia do Serviço de Patologia Animal – FMVZ/USP e análise à luz da legislação brasileira; II. Análises das sentenças dos processos judiciais de segunda instância no Estado de São Paulo; III. Análises das sentenças dos processos judiciais de primeira instância no Estado de São Paulo de óbitos de animais em estabelecimentos veterinários de banho e tosa. 2019. 183 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia, Universidade de São Paulo, 2020.

A prestação de serviços médicos veterinários é essencial para eliminar o sofrimento animal e do seu tutor. É uma profissão que exige responsabilidade e dedicação, que deve ser praticada com diligência e cuidado no seu exercício, pois caso contrário é sujeito a resultar em erro médico, conforme a legislação pátria. Na primeira etapa do trabalho foram analisadas as solicitações de necropsias documentadas de 49 cães e 33 gatos, da rotina do Serviço de Patologia Animal da FMVZ-USP, com suspeitas de erros médicos veterinários ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte no período de 2008 a 2017 e submetidos a três observadores externos para análise. Na segunda etapa foram analisadas 58 ações judiciais de recursos em segunda instância relacionados a erro médico-veterinários impetradas ao tribunal de justiça do estado de São Paulo e na terceira etapa, 33 ações judiciais primárias relacionadas a óbito de cães e gatos em estabelecimentos veterinários de banho e tosas no tribunal de justiça do estado de São Paulo. Analisados parâmetros da primeira etapa, nota-se maior número por parte dos médicos veterinários em relação aos tutores, e quando estudadas as modalidades de culpa, 62,26% eram ausências de nexo causal e culpa para imputação de reponsabilidade civil ao médico veterinário. Na análise da segunda etapa, nota-se 81,1% de tutores recorrendo à segunda instância, destes 95,7% são de improvimento decorrente de 48,3% por ausência de nexo causal e 32,8% de ausência de prova. Na terceira etapa, nota-se 66,67% de decisões favoráveis na primeira instância sendo que a maior causa de ações foi decorrente a fugas de animais e consequente atropelamentos com 40,9%. Estes estudos mostram a importância da responsabilidade do prestador de serviço na área animal como clínica, banho e tosas, perante os seus usuários, e a conscientização do dever legal muitas vezes ignorados pelos profissionais.

Palavras-chave: Erro médico veterinário. Responsabilidade Civil. Culpa. Consumidor. Medicina Veterinária Legal.

ABSTRACT

YOSHIDA, A. S. **Errors in veterinarian practice:** I. characterization of cases and circumstances of its occurrence in animais submitted to necropsy at the Anatomic Pathology Service – FMVZ/USP in the light of brazilian law; II. Analysis of sentences from court of appeals in São Paulo state; III. Analysis of sentences regarding deaths of animals during grooming at veterinarian facilities from trial court in São Paulo state. 2019. 183 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia, Universidade de São Paulo, 2020.

Veterinary practice is essential to eliminate pets and their owners suffering, with also playing an important role in public health, environment and law. It is a profession that demands responsibility and dedication, and needs to be practiced with endeavor and care, otherwise the professional is subjected to malpractice laws. We analyzed necropsy requests in which there is suspicion of veterinary error from the Anatomic Pathology Service at FMVZ-USP. There was a total of 49 dogs and 33 cats in the period between 2008 to 2017. They were submitted to three veterinarians as a blind experiment to avoid bias. We observed that necropsies were more often submitted by veterinarians in comparison to owners. When we studied levels of guilt, in 62,26% of cases there was lack of causal link and guilt to convict the veterinarian. In a second part, we analyzed 58 lawsuits in the court of appeals of São Paulo state regarding cases of veterinary errors and 33 lawsuits in the trial court of São Paulo state regarding deaths of dogs and cats during grooming in veterinary premises. 81,1% of owners appeal in court, but 95,7% were denied due to lack of causal link (48,3%) and lack of evidence (32,3%). In the third part of the thesis, we observed that 66,67% were favorable in trial court and most of lawsuits consisted of deaths of animals hit by cars after escaping the premises (40,9%). This present study demonstrates the importance of the service provider in animal care responsibilities and the awareness of the legal duty often ignored by professionals.

Keywords: Veterinarian Error. Civil Responsibility. Guilt. Consumer. Forensic Veterinary.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Número total de necropsias, documentadas de interesse judicial, de discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte de cães e gatos atendidas pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	117
Tabela 2- Casos de solicitações de necropsias documentadas, e discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte de cães e gatos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	121
Tabela 3 - Distribuição dos casos segundo os solicitantes de necropsias documentadas, do número total de casos que correspondem as solicitações de casos discordantes entre a descrição do histórico com os achados necroscópicos ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte em cães e gatos	123
Tabela 4 - Distribuição das solicitações de necropsias documentadas segundo as modalidades de discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte em procedimentos cirúrgicos, anestésicos, e relacionados à esterilização e outros procedimentos cirúrgicos diagnosticados pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	126
Tabela 5 - Distribuição dos casos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova do número total de casos de solicitações que envolveram os cães que correspondem aos casos de discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte das necropsias documentadas pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	128
Tabela 6 - Distribuição dos casos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova do número total de casos de necropsia de gatos que correspondem aos casos de discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte das necropsias documentadas pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	129

Tabela 7- Distribuição dos casos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova do número total de casos que envolveram solicitações de médicos veterinários das necropsias documentadas de cães e gatos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017 131

Tabela 8 - Distribuição dos casos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova do número total de casos que envolveram as solicitações de tutores de necropsias documentadas pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017 132

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1- Casos de solicitações totais de necropsias, em frequência absoluta de cães e gatos atendidas pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	118
Gráfico 2- Casos de solicitações necropsias documentadas, em frequência relativa (porcentagem) de cães e gatos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	119
Gráfico 3- Casos de solicitações de necropsias discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte em relação às necropsias documentadas, em frequência relativa (porcentagem) de cães e gatos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	119
Gráfico 4 - Casos de solicitações de necropsias discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte em relação ao total de solicitações de necropsias, em frequência relativa (porcentagem) de cães e gatos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	120
Gráfico 5- Distribuição percentual dos casos de necropsias discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte de cães e gatos segundo o sexo, diagnosticados pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	122
Gráfico 6 - Distribuição dos casos segundo os solicitantes de necropsias documentadas, do número total de casos que correspondem aos casos discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte entre a descrição do histórico com os achados necroscópicos das necropsias documentadas de cães e gatos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	124
Gráfico 7 - Distribuição dos solicitantes médicos veterinários e tutores, de casos que correspondem as solicitações de casos discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte entre a descrição do histórico com os achados necroscópicos das necropsias documentadas de cães e gatos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017	125

Gráfico 8 - Distribuição percentual dos casos de solicitações de discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte das necropsias documentadas em procedimentos cirúrgicos, anestésicos, diagnósticos, indeterminados e outros não relacionados aos anteriores, pelo Serviço do Departamento de Patologia FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017 126

Gráfico 9- Distribuição percentual dos casos de solicitações de discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte das necropsias documentadas de cães segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período 2008 a 2017 129

Gráfico 10- Distribuição percentual dos casos de solicitações de discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte das necropsias documentadas de gatos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017 130

Gráfico 11- Distribuição percentual dos casos de solicitações por médicos veterinários de necropsias documentadas de cães e gatos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017 132

Gráfico 12- Distribuição percentual dos casos de solicitações por tutores de necropsias documentadas de cães e gatos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017 133

Gráfico 13 - Distribuição percentual e número absoluto dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo por parte de tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017 143

Gráfico 14- Distribuição em número absoluto de recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo por parte de tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017 144

Gráfico 15- Distribuição em número absoluto dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo por parte de tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017 144

Gráfico 16 - Distribuição percentual sobre as decisões de provimento e improvimento dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo pelos tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017 145

Gráfico 17 - Distribuição percentual sobre as motivações de decisões de improvimento dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo pelos tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017 146

Gráfico 18 - Distribuição percentual sobre os procedimentos que motivaram a ingressão dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo pelos tutores e médicos veterinários, no período de 2008 a 2017 146

Gráfico 19 - Distribuição percentual das modalidades de culpa que motivaram a ingressão dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo por parte de tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017 147

Gráfico 20 - Distribuição percentual dos resultados da sentença primária impetradas por tutores frente ao estabelecimento veterinário de banho e tosa, registrados no Tribunal de Justiça de São Paulo, no período de 2011 a 2019 155

Gráfico 21 - Distribuição percentual das causas que ensejaram a fundamentação da sentença primária procedente, registrados no Tribunal de Justiça de São Paulo, no período de 2011 a 2019 156

Gráfico 22 - Distribuição percentual das causas que ensejaram a fundamentação da sentença primária improcedente, registrados no Tribunal de Justiça de São Paulo, no período de 2011 a 2019 156

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CFMV	Conselho Federal de Medicina Veterinária
CPC	Código do Processo Civil
CRMVSP	Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo
FMVZ	Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
OSH	Ovariosalpingohisterectomia
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	22
2	HISTÓRIA	23
3	PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE ÉTICA DO MÉDICO VETERINÁRIO	24
3.1	DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO VETERINÁRIO	24
4	RESPONSABILIDADE CIVIL	26
4.1	INTRODUÇÃO	26
4.2	CONCEITO	26
4.3	PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	27
4.3.1	Conduta humana	28
4.3.2	Culpa	28
4.3.2.1	Negligência	30
4.3.2.2	Imprudência	30
4.3.2.1	Imperícia	31
4.3.3	Nexo de causalidade	33
4.3.4	Dano	33
4.3.4.1	Dano patrimonial ou material	35
4.3.4.1.1	<i>Dano patrimonial direto e indireto</i>	35
4.3.4.1.2	<i>Dano emergente</i>	36
4.3.4.1.3	<i>Lucros cessantes</i>	36
4.3.4.1.4	<i>Teoria da perda de uma chance</i>	36
4.3.4.1.4.1	<i>Modalidade da Perda de uma Chance</i>	39
4.3.4.2	Dano extrapatrimonial ou moral	41
4.3.4.2.1	<i>Dano moral (extrapatrimonial) direto e indireto</i>	41
4.3.4.2.2	<i>Dano Estético – Dano deformidade, biológico ou fisiológico</i>	42
4.3.4.3	Dano por ricochete	43
4.4	MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	44
4.4.1	Configuração do dever de indenizar	45
4.4.2	Subjetiva	46
4.4.3	Objetiva	47
4.4.3.1	Teoria do risco	48
4.4.4	Contratual	49

4.4.5	Extracontratual	49
4.4.6	Responsabilidade Direta	51
4.4.7	Responsabilidade Indireta	51
4.4.8	Responsabilidade por ato de terceiro	51
4.4.9	Responsabilidade pelo fato do animal	52
4.4.10	Responsabilidade pelo fato da coisa	52
4.5	CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	52
4.5.1	Culpa exclusiva da vítima	54
4.5.2	Caso fortuito e força maior	55
4.5.3	Fato de terceiro	56
4.5.4	Cláusula de não indenização	58
5	PRAZOS PRESCRICIONAIS	59
6	ERRO MÉDICO	59
6.1	INTRODUÇÃO	59
6.2	A CULPA NO ERRO MÉDICO	60
6.3	A CULPA MÉDICA Strictu sensu	61
6.4	TEORIA INTER IPSA / RES IPSA LOQUITUR	62
6.5	EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA CULPA MÉDICA	63
6.6	ERRO DE TÉCNICA, ERRO PROFISSIONAL E ERRO GROSSEIRO	64
6.7	IATROGENIA	66
7	PACIENTE	70
7.1	CONSENTIMENTO INFORMADO E ESCLARECIDO	70
7.2	TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO E DEVER DE INFORMAR	74
7.3	ATUAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE	75
8	RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO VETERINÁRIO	77
8.1	INTRODUÇÃO	77
9	MEDICINA VETERINÁRIA E O CÓDIGO DO CONSUMIDOR	81
9.1	FORNECEDOR	81
9.2	CONSUMIDOR	81
9.3	SERVIÇO	82
9.4	NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS VETERINÁRIOS	82

9.5	EXERCÍCIO DA MEDICINA VETERINÁRIA PERANTE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	83
9.6	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	84
10	O ERRO MÉDICO VETERINÁRIO E A RESPONSABILIDADE CIVIL	87
10.1	O DANO VETERINÁRIO	87
10.2	O BEM JURÍDICO ANIMAL NO DIREITO CIVIL	88
10.3	NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS VETERINÁRIOS	89
10.3.1	Obrigação de meio	89
10.3.1.1	Responsabilidade dos médicos veterinários – obrigação de meio – ônus da prova é do paciente.	91
10.3.2	Obrigação de resultado	91
10.3.2.1	Responsabilidade dos médicos veterinários – obrigação de resultado–ônus da prova é do veterinário que precisa provar que não houve culpa	97
10.4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESISTA VETERINÁRIA	98
10.5	ERRO DE DIAGNÓSTICO VETERINÁRIO	102
10.6	ERRO DE PROCEDIMENTO	105
10.7	HOSPITAIS E DEMAIS PRESTADORES DE SERVIÇOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA.	106
11	PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	111
12	OBJETIVOS DO TRABALHO	113
13	LEVANTAMENTO DAS SOLICITAÇÕES DE EXAMES NECROSCÓPICOS DOS CASOS EM QUE OS SOLICITANTES SUSPEITARAM A EXISTÊNCIA DE UM POSSÍVEL ERRO MÉDICO VETERINÁRIO	114
13.1	INTRODUÇÃO	114
13.2	RESULTADOS DAS SOLICITAÇÕES DE EXAMES NECROSCOPICOS DOCUMENTADOS DO SETOR DE NECROPSIA SO DEPARTAMENTO PATOLOGIA DA FMZV-USP	116
13.2.1	Casuística	116
13.2.2	Da análise de culpa	127
13.3	DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DAS SOLICITAÇÕES DE EXAMES NECROSCOPICOS DOCUMENTADOS DO DEPARTAMENTO PATOLOGIA DA FMZV-USP	133
13.3.1	Discussão de análise envolvendo números de necropsias do departamento	134

13.3.2	Discussão de análise envolvendo espécies animais e sexos.....	135
13.3.3	Discussão de análise envolvendo solicitantes	135
13.3.4	Discussão de análise envolvendo tipos de procedimentos.....	136
13.3.5	Discussão de análise envolvendo as modalidades de culpa de cães e gatos	138
13.3.6	Discussão de análise envolvendo as modalidades de culpa dos veterinários e tutores	139
14	LEVANTAMENTO DOS CASOS DE RECURSOS JUDICIAIS NA SEGUNDA INSTÂNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO RELACIONADOS A ERRO MÉDICO VETERINÁRIO ..	141
14.1	INTRODUÇÃO	141
14.2	MATERIAIS E MÉTODOS.....	141
14.2.1	Método no portal e-saj	141
14.2.2	Método no portal Jusbrasil.....	142
14.3	RESULTADOS DOS PROCESSOS DE ERRO MÉDICOS VETERINÁRIOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....	143
14.4	DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DOS PROCESSOS DE ERRO MÉDICOS VETERINÁRIOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	147
15	LEVANTAMENTO DOS CASOS JUDICIAIS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO RELACIONADOS A ÓBITOS DE ANIMAIS EM ESTABELECIMENTOS VETERINÁRIO DE BANHO E TOSA.....	152
15.1	INTRODUÇÃO	152
15.2	MATERIAIS E MÉTODOS.....	153
15.2.1	Método no portal e-saj	153
15.3	RESULTADOS DOS PROCESSOS DE ÓBITOS EM ESTABELECIMENTOS VETERINÁRIO DE BANHO E TOSA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM PRIMERA INSTÂNCIA	154
15.4	DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DOS PROCESSOS DE ÓBITOS DE ANIMAIS EM ESTABELECIMENTOS VETERINÁRIO DE BANHO E TOSA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.....	157
15.4.1	Análise envolvendo os autores da ação e as decisões de primeira instância.....	158

15.4.2	Análise envolvendo as decisões improcedentes de primeira instância.....	162
15.4.3	Análise envolvendo os danos morais nas decisões procedentes de primeira instância.....	163
16	CONCLUSÕES	166
17	REFERÊNCIAS	168

1 INTRODUÇÃO

Segundo a consultoria Euromonitor¹ em 2016, o varejo físico de produtos *pet*, tanto as superlojas como as pequenas, movimentaram R\$ 10,4 bilhões, com crescimento de 7,1% em relação ao ano anterior enquanto os demais varejos brasileiros tiveram o pior desempenho no volume de vendas em 16 anos: caíram 6,2%, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Entre 2011 e 2016, as vendas de produtos *pet* aumentaram, em média, 9% ao ano. E a perspectiva até 2021 é de um avanço anual de 1,7% ao ano. Hoje, o Brasil é o quinto maior mercado em vendas de produtos *pet*, atrás de Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha e Japão. A projeção da Euromonitor é que, até 2021, o País ultrapassará Japão e Alemanha e se consolide como o terceiro maior mercado mundial.

Diante de um cenário promissor na economia brasileira relacionado aos *pets*, mesmo nos períodos de crise, tudo indica que o perfil do comportamento dos proprietários dos animais de estimação, vem alterando gradativamente no aumento de sua população e na forma da assistência “humanizada”. Estas características têm motivado maiores procuras ao judiciário em prol dos interesses que os afligem, semelhantemente como um membro familiar. Não se trata somente de uma relação tutor-animal, mas um contexto muito maior onde envolve alteração legislativa e agora na demanda judicial.

Paralelamente, a esse cenário contemporâneo, o Brasil é detentora de 134.234 médicos veterinários devidamente registrados e atuantes (atualizado até 19/12/2019), destes 37.118 estão no estado de São Paulo, equivalente a 27,65% de toda federação brasileira, sendo a primeira em número de médicos veterinários atuante e segundo o estado de Rio Grande do Sul com 12.612 profissionais, ou seja, 9,39%².

O presente trabalho expressa as informações da interação médicos veterinários e as repercussões judiciais de responsabilidade civil àqueles prestadores de serviços veterinários no estado de São Paulo.

¹ Disponível em: < <http://www.euromonitor.com/> >. Acesso em: 26 jan. 2018.

² Disponível em <<https://crmvs-sp.implanta.net.br/portalttransparencia/#publico/Conteudos?id=38133514-4527-40db-af75-50fbf1a9dce1>>. Acesso em 20 dez. 2019.

2 HISTÓRIA

O primeiro registro normativo da história a tratar de responsabilidade médica foi o Código de Hamurabi, há mais de dois mil anos antes de Cristo, no qual se previam punições físicas para os esculápios que porventura obtivessem maus resultados.

Melo (2008) sugere o contexto histórico desta responsabilidade:

“[...] o primeiro documento histórico que tratou especificadamente do erro médico e, portanto, da responsabilização do profissional foi o Código de Hamurabi. Esse código impunha ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão, caso contrário, poderia o profissional sofrer severas penas que podiam significar, inclusive, a amputação de sua mão. Tais penas eram aplicadas nos casos de morte ou lesões graves aos pacientes homens livres, pois se referisse a escravo ou animal a previsão de pena era apenas ressarcimento do dano. A ideia presente no Código de Hamurabi, no Código de Manu e posteriormente na Lei das XII Taboas, era de punição. Aqueles povos edificaram tais normas, impregnadas de fortes componentes penal, com a finalidade de constranger e inibir a prática dos atos ditos ilícitos”.

Os primeiros registros da responsabilidade dos médicos nos moldes que conhecemos atualmente teve uma grande influência no Direito Romano, que solidificou a ideia de que a vingança privada não deveria existir na sociedade, especialmente no texto de Ulpiano, de onde se extrai: “*sicut medico imputare eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam computare ei debet*” assim como não se deve imputar a médico evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia (MELO 2008).

A partir dos fundamentos e conceitos advindos do Direito Romano, o Código Civil francês de 1804, considerada o padrão das legislações modernas e cuja influência se encontra presentes em todos os códigos civis das américas, proclamou a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa. É exatamente no direito francês e na construção doutrinária e jurisprudencial que os autores e as Cortes francesas formaram ao longo dos dois últimos séculos os fundamentos da responsabilidade civil do médico nos seus atuais contornos (MELO, 2008).

3 PRINCIPIOS DO CÓDIGO DE ÉTICA DO MÉDICO VETERINÁRIO

O Código de Ética do médico veterinário é um dos instrumentos que norteiam o comportamento do profissional da área. Embora a sua atribuição legislativa seja em nível administrativo, é importante seguir as orientações que ajudam evitar lides em todos os âmbitos legais.

Vale transcrever os cinco primeiros princípios (BRASIL, 2016):

“Art. 1º Exercer a profissão com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade.

Art. 2º Denunciar às autoridades competentes qualquer forma de agressão aos animais e ao meio-ambiente.

Art. 3º Empenhar-se para melhorar as condições de bem-estar, saúde animal, humana, ambiental, e os padrões de serviços médicos veterinários.

Art. 4º No exercício profissional, usar procedimentos humanitários preservando o bem-estar animal evitando sofrimento e dor.

Art. 5º Defender a dignidade profissional, quer seja por remuneração condigna, por respeito à legislação vigente ou por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético profissional da Medicina Veterinária em relação ao seu aprimoramento científico”.

3.1 DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO VETERINÁRIO

No dia 9 de setembro de 2017, a Resolução que aprovou o novo Código de Ética do médico veterinário trouxe algumas alterações de ajustes para se adequar à nova realidade do comportamento profissional. Entre elas caracterizar individualmente as modalidades de culpa, conforme o art 9, I, e alíneas a, b, e c. (BRASIL, 2016):

“Art. 9º O médico veterinário será responsabilizado pelos atos que, no exercício da profissão, praticar com dolo ou culpa, respondendo civil e penalmente pelas infrações éticas e ações que venham a causar dano ao paciente ou ao cliente e, principalmente;

I - praticar atos profissionais que caracterizem:

a) a imperícia;

b) a imprudência;

c) a negligência”.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra “Responsabilidade” de origem latina *Respondere*, tem um denota obrigação de responder, de assumir uma responsabilidade diante de um ato quer seja omissão ou ação que porventura resultou em prejuízos ou danos a outrem (GAGLIANO, 2011).

4.1 INTRODUÇÃO

Para atender as necessidades de equilíbrio e harmonia no convívio mútuo, o direito recorre, entre vários outros mecanismos de controle, o instituto da responsabilidade civil, que exige daquele que exerce prejuízo a outrem a recomposição da coisa depreciada.

4.2 CONCEITO

O conceito pode ser extraído do próprio ordenamento jurídico, mais precisamente no art. 927 do Código Civil Brasileiro: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e segue em seu parágrafo único “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, 2002)

Nas palavras de Stoco (2007):

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana”.

Na definição de De Plácido e Silva (2010):

“Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção”.

4.3 PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Além do seu conceito, o instituto de responsabilidade envolve complexos princípios, por vezes causando divergências entre os doutrinadores, para a corrente majoritária, temos a seguir:

Rodrigues (2002) aponta quatro pressupostos para gênese do dever de indenizar: a culpa do agente, ação ou omissão, relação de causalidade e de dano. No mesmo sentido, Venosa (2003) discute os seguintes requisitos para gênese do dever de indenizar: “[...] os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e finalmente, culpa”.

Enquanto a Diniz (2003) relata em três pressupostos como ação ou omissão, dano e a relação de causalidade.

Fernando Noronha (2010) de forma explícita e didática assim decompõe os quatro pressupostos para obrigação de indenizar:

- “1. Que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;
2. Que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. Que tenham sido produzidos danos;

4. Que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta”.

Vejamos os principais elementos que compõe os quatro pressupostos.

4.3.1 Conduta humana

A conduta humana é elemento essencial, pois é a expressão do comportamento do homem que esbarra nas situações que causa dano ou prejuízo a outrem.

Maria Helena Diniz (2005) entende que a conduta é:

“A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.

Sílvia Rodrigues (2002), em relação a conduta humana, afirma que:

“A responsabilidade do agente 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. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo”.

4.3.2 Culpa

A sua definição “*lato sensu*” abrange culpa e dolo. Dolo é conduta intencional.

Culpa “*stricto sensu*”: o autor da conduta não quer o resultado, mas pela falta de cuidado, zelo, pratica ato ilícito. Pode ser vista como a “conduta voluntária contrária

ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível” (CAVALIERI, 2009).

A culpa implica em censura ou reprovabilidade sobre a conduta de um agente, tendo-se em conta a prudência e a diligência que ele podia e devia ter agido de outro modo (GHERSI, 1999). É a inobservância do dever de cuidado, que pode se materializar através da imprudência, negligência e/ou imperícia.

Como discutido anteriormente, o Código Civil Brasileiro adota a regra da denominada responsabilidade subjetiva, conforme se verifica em seus artigos 186 e 187 (BRASIL, 2002)³. Deste feito, além dos elementos acima elencados, deve restar comprovada a culpa. Cabe salientar, que o código adota exceção nos casos de responsabilidade objetiva onde não há necessidade de comprovação da culpa.

Nas palavras do Stoco (2007) para conceituar a culpa:

“Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*)”.

Fica claro que a diferença entre o dolo e culpa (“*stricto sensu*”) que está no aspecto subjetivo do agente, em culpa não há intenção na busca do resultado, mas por imprudência, imperícia ou negligência o resultado acontece.

Assim, para concluir, a conduta humana, ação ou omissão, nexos causal e o dano “fecham” o ciclo da responsabilidade de reparar o dano, conforme art. 927 Código Civil (BRASIL, 2002)⁴. Sendo que a conduta humana, que seria o aspecto subjetivo de sua ação, poderá ser de forma culposa ou dolosa, conforme alude o art. 186 do Código Civil (BRASIL, 2002)⁵.

³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Assim, além da culpa “*stricto sensu*”, o dolo também gera a obrigação de reparar conforme alude o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa” (BRASIL, 2002).

Vale lembrar ainda a exceção da reparação em que não há necessidade de comprovar o aspecto subjetivo do agente (culpa ou dolo), bastando a prova do nexo causal e o dano que ocorre na condição da responsabilidade objetiva.

Na responsabilidade civil a culpa (“*stricto sensu*”) se caracteriza quando o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo, mas por imprudência, negligência, imperícia causa dano e deve repará-lo.

4.3.2.1 Negligência

Do latim *neglegentia*, tem como característica uma omissão, ou seja, um deixar de atuar, não tomar os devidos cuidados, não acompanhar a realização do ato com a devida atenção e diligência, trata-se de uma abstenção.

Em outras palavras, é uma conduta omissiva. Deixa de fazer algo que uma profissão indica para determinada situação, que poderia ter evitado o resultado danoso. Há exemplos de não esterilizar os instrumentos cirúrgicos; não seguir o protocolo de antibioticoterapia em casos de patologias com possíveis infecções; deixar de recorrer aos exames complementares que possam auxiliar num diagnóstico preciso, entre outras omissões.

4.3.2.2 Imprudência

Já a imprudência, que vem do latim *imprudencia*, tem uma característica comissiva, isto é, quando o agente age de forma precipitada, sem prever as consequências deste ato irrefletido. É um agir intempestivo, caracterizado por uma atuação sem a devida cautela exigida para aquele momento de sua atividade profissional. Na prática pode ser vista quando o veterinário opta por uma cirurgia de eleição ao paciente que não apresenta condições fisiológicas para suportar a intervenção (Ex. cardiopata grave).

4.3.2.1 Imperícia

Também a imperícia, do latim *imperitia*, advém de uma conduta comissiva.

Ocorre quando aquele que acredita estar apto e possuir conhecimentos suficientes pratica ato para o qual não está preparado por falta de conhecimento aptidão capacidade e competência técnica. É configurada quando se evidencia a incapacidade técnica para o exercício da profissão. Em outras palavras, um agir incompetente, inábil à profissão.

A imperícia é ausência ou deficiência de conhecimento técnico de uma determinada regra profissional. Para Stoco (2014) é o desconhecimento técnico, inabilidade por parte do profissional no exercício de sua atividade técnica. É o caso em que o médico veterinário ou qualquer outra pessoa inabilitada para a atuação profissional provoca a secção de ureter durante a cirurgia de ovariossalpingohisterectomia, porque não tinha conhecimento anatômico para distinguir os órgãos.

Há uma discussão em relação a negativa de imperícia médica ser aplicável para quem é devidamente formado em medicina, cabendo assim destinar somente imprudência ou negligência aos médicos formados. Neste sentido é o que afirma Genival Veloso França (2001):

“O médico habilitado, profissional e legalmente, não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstância, por mais palpável que seja esta situação, uma vez que consideramos imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou ausência de conhecimentos necessários para desempenhar uma atividade”. O diploma e seu registro nas repartições competentes outorgam uma habilitação que torna o médico legalmente imune à imperícia”.

A outra corrente, dominada pela jurisprudência dos Tribunais, entende a imperícia do médico que atua na especialidade alheia. Ainda, a imperícia é considerada um erro no exercício da profissão, quando o médico é negligente ou imprudente. O desembargador Ênio Zuliane (2013) leciona:

“Verifica-se a imperícia quando o médico, apesar de habilitado (curso teórico e prático na faculdade de medicina) para a nobilíssima tarefa,

atua como se não possuísse noções primárias da técnica de consultar, diagnosticar ou operar. O médico ortopedista que engessa uma pessoa acidentada, a qual chega com fratura exposta, é imperito, porque o procedimento é adequado para a fratura fechada, e, em casos assim, a indenização correspondente terminou sendo recepcionada no colendo STJ (REsp 228.199/RJ, Ministro Eduardo Ribeiro, DJU 28.02.2000) “.

Não se confunde a imperícia, uma modalidade de culpa, com o erro profissional. Segundo Bodin de Moraes (2003):

“[...] a culpa seria um desvio do modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média, isto é, ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias”.

José Aguiar Dias (2011), considera que podem haver momentos em que “essas espécies se entrelaçam, verificando-se, então, a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada de desprezo pela diligência e pelas regras de habilidade, a imperícia traçada de negligência”. Explorando os exemplos anteriores citados, é o caso em que o clínico veterinário recorre a uma castração solicitando somente exames bioquímicos em animal cardiopata clinicamente grave e ao submeter animal a anestesia, este vem a óbito consequente da cardiopatia.

Já o erro profissional, é um acidente. Não há o que se falar em má aplicação de regras e princípios recomendados pela ciência. Trata-se de uma deficiência e precariedade dos conhecimentos humanos, operando, portanto, no campo do imprevisto e transpondo os limites da prudência e da atenção humanas.

Segundo Nucci (2011):

“A deficiência profissional, que acarreta um dano a alguém, nem sempre pode ser caracterizada como imperícia. Enquanto esta é um erro grosseiro, que a média dos profissionais de determinada área não cometeria, em circunstâncias normais, o erro profissional faz parte da precariedade dos conhecimentos humanos, pois nem todos possuem

o mesmo talento, a mesma cultura e idêntica habilidade. Quando houver erro, resolve-se na esfera civil”.

Os detalhes serão motivos de discussão neste respectivo trabalho, mais especificamente no tópico “Erro de técnica, Erro profissional e Erro grosseiro”.

4.3.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é o “*link*”, a “ponte” entre a causa e o efeito do resultado da conduta praticada.

Sílvio Rodrigues (2002) define o nexo de causalidade como:

“O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida”.

4.3.4 Dano

Seria o resultado da conduta ilícita humana experimentada pelo outrem, que justifica o requisito essencial para a responsabilidade civil, ou seja, ressarcimento do prejuízo.

Para Maria Helena Diniz (2003):

“[...] o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

A consequência do dano é o ressarcimento de tal forma que o lesado deveria ser restituído ao seu estado anterior ao evento (*status quo ante*).

A falta de dano torna sem objeto a pretensão a sua reparação.

A Constituição Federal (BRASIL, 1998) assegura no caput do artigo 5º e inciso X o direito a reparação do dano, seja ele moral ou material:

“Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação ”.

Para Agostinho Alvim (1975) o termo dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, ou seja, o patrimônio material e incluído o dano moral.

No mesmo sentido, Reis (2002) assim define:

“[...] o dano, na visão contemporânea, não deve ser considerado como mera ofensa aos bens econômicos, mas, sobretudo, um processo de modificação da realidade material e imaterial”.

Pontifica, ainda, Pablo Stolze Gagliano (2009):

“É muito importante, pois, que nós tenhamos o cuidado de nos despir de determinados conceitos egoisticamente ensinados pela teoria clássica do Direito Civil, e fixemos a premissa de que o prejuízo indenizável poderá decorrer – não somente da violação do patrimônio economicamente aferível – mas também da vulneração de direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária essencial”.

Com base nos conceitos anteriores, a classificação do dano é assim dividida em quatro grandes grupos que se denominam de patrimoniais, extrapatrimoniais, perda de uma chance e dano por ricochete.

4.3.4.1 Dano patrimonial ou material

Aquele que causa a destruição ou diminuição de um bem de valor econômico, e de suscetibilidade de avaliação econômica ou material.

Para Sérgio Severo (1996) o dano material é:

“[...] é aquele que repercute, direta ou indiretamente, sobre o patrimônio da vítima, reduzindo-o de forma determinável, gerando uma menos-valia, que deve ser indenizada para que se reconduza o patrimônio ao seu status quo ante, seja por uma reposição in natura ou por equivalente pecuniário”.

Sílvia de Salvo Venosa (2003) define dano patrimonial como “aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”.

4.3.4.1.1 Dano patrimonial direto e indireto

O dano patrimonial pode ser direto ou indireto.

Dano patrimonial direto é aquele provocado diretamente pela ação ou omissão do agente e o dano patrimonial indireto é o causado por ato não dirigido ao bem que sofreu a lesão. Maria Helena Diniz (2003) define o dano patrimonial direto como o:

“Dano que causa imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima [...] o prejuízo que for consequência imediata da lesão [...]” e segue conceituando dano patrimonial indireto como “uma consequência possível, porém não necessária, do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial [...] o que resultar da conexão do fato lesivo com um acontecimento distinto”.

O dano patrimonial, também denominado de dano econômico, se subdivide em:

4.3.4.1.2 Dano emergente

O que a vítima perdeu, ou seja, seu efetivo prejuízo (sua diminuição patrimonial)

Ensina Cavalieri Filho (2004): Dano emergente é tudo aquilo que houve a "efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima", devendo a indenização "ser suficiente para a *restitutio in integrum*".

Ainda explicando, o mesmo autor (2004):

“A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito”.

4.3.4.1.3 Lucros cessantes

O que razoavelmente deixou de ganhar de acordo com curso normal e expectativa; não é lucro imaginário, hipotético.

No lucro cessante, para o supracitado autor, consiste:

“Na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado”.

4.3.4.1.4 Teoria da perda de uma chance

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance surgiu na França, na década de 60 do século passado. Era utilizada pela doutrina francesa nos casos em que alguém, em virtude de ato lesivo perpetrado por outrem, via-se privado da oportunidade de obter uma condição futura mais benéfica ou de evitar um prejuízo. Por meio desse importante instituto jurídico, os franceses buscaram resguardar os direitos daqueles que, tendo sido lesados em uma chance séria e real, de auferir

vantagem futura ou de evitar um dano iminente, não conseguiam provar que caso o normal desenvolvimento dos fatos não tivesse sido interrompido, pela conduta lesiva de um terceiro, teriam alcançado o benefício pretendido (NETO, 2011).

A disciplina do dano material tem vislumbrado a possibilidade de outras formas norteadoras de recomposição, frise-se, ainda controvertida, mas com crescente aceitação na doutrina e jurisprudência pátria, que é a Perda da Chance. Esta doutrina também faz com que se tenha a possibilidade de uma reflexão acerca do princípio da Dignidade Humana neste tocante, visto que a retirada de uma possibilidade real é ceifar direitos fundamentais básicos e afrontar com isso o princípio retro.

Para Cavalieri Filho (2008), caracteriza-se a perda de uma chance quando:

“Em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante”.

Para o mesmo autor Cavalieri Filho (2008):

“A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória”.

De acordo com o magistério de Savi (2006):

“Para a valoração da chance perdida, a premissa inicial a ser estabelecida é a de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado”.

Savi (2006) esclarece nesta decisão judicial a quantificação pelo dano de perda por uma chance, citando como exemplo a Apelação Cível nº. 70005473061,

pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2003), cuja ementa assim dispõe:

“Apelação cível. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Advogado. Mandato. Decisiva contribuição para o insucesso em demanda indenizatória. Dever de indenizar caracterizado.

Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, ***deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória***. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CC/1916. APELO DESPROVIDO (TJRS, Apelação Cível nº 70005473061, 9ª Câmara Civil, Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10.12.2003) ”.

Comentando a decisão supratranscrita, o referido autor salienta que: neste caso, o advogado perdeu o prazo para a interposição do recurso de apelação contra a sentença contrária aos interesses do constituinte. O acórdão reconheceu o dano da perda da chance. Contudo, ao quantificar o dano, condenou o advogado réu ao pagamento de tudo aquilo que seu cliente faria jus se o recurso tivesse sido interposto no prazo legal e provido pelo tribunal, ou seja, apesar de se tratar de um caso típico de responsabilidade civil por perda de uma chance, o acórdão, a nosso sentir equivocadamente, condenou o advogado ao pagamento dos lucros cessante sofridos pelo autor da ação. Isto porque ninguém poderia afirmar que se o recurso tivesse sido interposto, ele seria provido com certeza. O máximo que se poderia afirmar era que o cliente tinha muitas chances de êxito, e essas chances é que deveriam ter sido indenizadas. Neste caso, não havia como se estabelecer um nexo causal entre a atitude culposa do advogado (perda do prazo para apelação) e a perda da vitória na ação judicial. Não sendo possível estabelecer este nexo causal, não há como se condenar o advogado ao pagamento de lucros cessantes (SAVI, 2006).

A teoria da perda de uma chance é um instituto doutrinário aplicada de forma tímida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que é caracterizada quando ocorre a

perda de uma expectativa de uma oportunidade futura. É um tema de controvérsias, pois a concretização da oportunidade seria indeterminável e de impossibilidade de demonstração. Portanto se emprega a teoria da perda de uma chance de maneira subsidiária, após o esgotamento da possibilidade de utilização da teoria do nexo de causalidade.

No Brasil, o primeiro tribunal a efetivamente abordar a teoria da perda de uma chance, no âmbito médico foi o do Rio Grande do Sul. O Desembargador Araken de Assis relata que após uma cirurgia, o médico deu alta prematuramente ao paciente, que algum tempo depois, queixando-se de febre alta, foi orientado pelo médico a utilizar-se de antipirético. Com a saúde já seriamente comprometida, o paciente foi internado na Unidade de Terapia Intensiva vindo a falecer. "Liberando o paciente e retardando seu reingresso na instituição hospitalar, o apelante fê-lo perder chance razoável de sobreviver (TJRS, Apelação Cível nº 596070979, 5ª Câmara Civil, Relator Desembargador Araken de Assis, j. em 10.12.1996) ”.

4.3.4.1.4.1 Modalidade da Perda de uma Chance

Fernando Noronha (2007) aponta as duas modalidades de perda de uma chance:

“a) Frustração da chance de obter uma vantagem futura:

A perda de uma chance ocorre em decorrência de um fato antijurídico, da interrupção de uma situação que estava em andamento e que poderia levar a um evento vantajoso; perdeu-se a chance de conseguir uma vantagem futura. Devido à interrupção não há mais como saber se a vantagem seria alcançada ou não. Em outras palavras, embora a vítima afirme que a interrupção lhe causou um prejuízo, jamais se saberá se a situação levaria ou não àquele benefício. Um acontecimento presente acaba eliminando as chances que eram projetadas para o futuro.

b) Frustração da chance de evitar um dano que aconteceu:

A vítima tenta impedir um dano que está para ocorrer, mas em razão da conduta de outrem não consegue evitá-lo e o prejuízo é consumado. É na responsabilidade médica que se encontram os exemplos clássicos dessa modalidade. Exemplo: paciente que está

definitivamente inválido ou até mesmo que morreu, porque o médico cometeu um erro de diagnóstico ou de tratamento, sendo que com o erro as chances de que isso acontecesse ficaram maiores”.

A teoria “*La perte d’une chance*” surgiu na década de 60 na jurisprudência francesa. A Corte de Cassação Francesa acolheu a teoria, em sede recursal, num processo em que se perquiria a responsabilidade de um médico que supostamente teria proferido diagnóstico errôneo, impossibilitando qualquer chance de cura da doença que infligia o enfermo. Houve inúmeras outras decisões proferidas por essa Egrégia Corte nesse sentido, consolidando a teoria em tela. Alguns informam que a teoria da perda de uma chance é mais prestigiada no meio acadêmico do que no judiciário francês.

Fernanda Schaefer (2006) escreveu o seguinte a respeito da “*perte d’une chance*”:

“É uma teoria desenvolvida na França que caracteriza a perda de uma chance como um tipo especial de dano. Surge quando pela intervenção médica o paciente perde a possibilidade de se curar ou de se ver livre de determinada enfermidade. Admite-se, porém, a culpa do médico sempre que sua ação ou omissão comprometa as chances de vida ou de integridade do paciente. [...] esta teoria afirma não ser necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, pois a culpa já estaria configurada no simples fato de não ter dado a chance ao paciente”.

No Brasil, Miguel Kfourí Neto (2010) é quem faz a análise sobre a responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica e defende a corrente francesa majoritária, inclusive considerada na modalidade de dano, dizendo “[...] embora o erro de diagnóstico, em princípio, não caracteriza culpa médica, exceto erro grosseiro”, e continua, “[...] devendo a perda de uma chance de cura ou sobrevivência ser aplicada aos casos nos quais o erro de diagnóstico acarretar tratamento inadequado e danos irreversíveis ao paciente” (KFOURI NETO, 2002).

4.3.4.2 Dano extrapatrimonial ou moral

Lesão a interesse juridicamente protegido que não integrante do patrimônio, diz respeito a direitos da personalidade, como integridade moral e psíquica. Ocorre a frustração, a diminuição da autoestima ou mesmo até um sofrimento.

Sílvia de Salvo Venosa (2003) afirma que “no dano moral, leva-se em conta a dor psíquica ou mais propriamente o desconforto comportamental”.

Sérgio Cavalieri Filho (2010), o qual afirma:

“[...] a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrática de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos”.

Lippmann (2001) é claro ao aludir que além da indenização por danos materiais, a vítima ainda poderá requerer indenização por danos morais, pelo abalo psicológico ocasionado, ocorrendo sequelas em seu foro íntimo, recorrendo ao o artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002)⁶.

O dano moral atinge bens personalíssimos invisíveis da vítima. Por este motivo, é de difícil mensuração e a indenização seria capaz apenas de compensar a vítima pelo prejuízo sofrido e penitenciar o agressor por sua conduta.

4.3.4.2.1 Dano moral (extrapatrimonial) direto e indireto

O dano moral se divide em direto e indireto, nas palavras da ilustre doutrinadora Diniz (2006):

“[...] o dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a

⁶ Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa humana (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (Constituição Federal 1988, art. 1º, III). O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. [...] ex.: perda de coisa com valor afetivo, ou seja, de um anel de noivado”.

4.3.4.2.2 *Dano Estético – Dano deformidade, biológico ou fisiológico*

Na lição de Maria Helena Diniz (1995):

“O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. Ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquiagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75)⁷; feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo”.

A jurisprudência ratifica esta modalidade quando no voto do ilustre e saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ao julgar o REsp. 156.453/SP, em 17.05.1999, do Tribunal de Justiça, estando descrito que:

“[...] tecnicamente, é possível que a indenização decorrente da lesão deformante alcance verbas independentes de dano material, de dano

⁷ Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.
<https://www.tjsp.jus.br/Biblioteca/RevistaJurisprudencia/Revistas>. Acesso em: 26 jul. 2018.

moral e de dano estético. Na realidade, com esta perspectiva o dano estético perde a sua característica inaugural de espécie do gênero dano moral, à medida que comporta ressarcimento diverso daquele, mesmo que, em alguns casos, haja o seu cômputo dentro do dano moral”.

E por derradeiro, como já bem definiu o Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados, e recentemente ao publicar, em 01.09.09, a Súmula 387 (BRASIL, 2009), prevendo que “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

4.3.4.3 Dano por ricochete

Cahali (2005) ensina:

“[...] embora o dano deva ser direto, tendo como titulares da ação aqueles que sofrem, de frente, os reflexos danosos, acolhe-se também o dano derivado ou reflexo, “*le dommage par ricochet*”, de que são os titulares que sofrem, por consequência, aqueles efeitos, como no caso do dano moral sofrido pelo filho diante da morte de seus genitores e vice-versa”.

Essa espécie de dano tem causado certa cautela pelo judiciário pátrio, pois o seu elemento subjetivo, por vezes o torna difícil demonstrar o sofrimento sentimental decorrente de um fato.

Embora o dano moral por ricochete seja de difícil caracterização pelos tribunais, aos poucos a jurisprudência vem cedendo, é o que o Superior Tribunal de Justiça entendeu neste caso:

“Recurso especial - acidente de trânsito – ação de indenização por dano moral indireto ajuizada pelo cônjuge da vítima - negativa de prestação jurisdicional - omissão – inoccorrência - nulidade da transação extrajudicial havida entre as partes - inexistência - arguição em ação própria - necessidade - ressarcimento de dano moral indireto - natureza e fundamentos diferentes daqueles contidos na ação de

reparação de danos morais ajuizada pela vítima do acidente - embargos de declaração – intuito de prequestionamento - fixação de multa - descabimento - afastamento - necessidade - incidência do enunciado nº 98 da Súmula/STJ - Recurso Especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa fixada em sede de embargos de declaração (BRASIL, 2008)”.

“Direito civil. Responsabilidade civil. Compensação por danos morais. Legitimidade ativa. Pais da vítima direta. Reconhecimento. Dano moral por ricochete. Dedução. Seguro DPVAT (Danos Pessoais por Veículos Automotores Terrestres). Indenização judicial. Súmula 246/STJ. Impossibilidade. Violação de Súmula. Descabimento. Denúnciação à lide. Impossibilidade. Incidência da Súmula 7/STJ e 283/STF. 1. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de Súmula, de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da Constituição Federal de 1988. 2. Reconhece-se a legitimidade ativa dos pais de vítima direta para, conjuntamente com essa, pleitear a compensação por dano moral por ricochete, porquanto experimentaram, comprovadamente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa. Precedentes. 3. Recurso Especial não provido (BRASIL, 2010) ”.

4.4 MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Maria Helena Diniz (2003) assim define a responsabilidade civil:

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva) ”.

Mas a responsabilidade civil apresenta outras modalidades além destes (responsabilidade subjetiva e objetiva). Pode ser classificada ainda como

responsabilidade contratual ou extracontratual, e responsabilidade civil direta e indireta.

No Brasil, para que seja caracterizada a responsabilidade médica, faz-se necessária a presença de pressupostos como conduta voluntária, o dano injusto sofrido pela vítima, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, e o nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente. Cumpre mencionar que a responsabilidade médica não se afasta dos pressupostos supracitados, todavia deve ser vista de uma maneira diferente, pois tem como pressuposto o ato médico que deve ser praticado com violação a um dever médico estatuído nas normas de conduta contidas no Código de Ética Médica (BRASIL, 2009), seja por imposição legal ou contratual, causador de um dano imputado a título de culpa ao profissional. Dessa forma, a culpa do médico é verificada quando o agente age com negligência, imprudência ou imperícia no exercício da sua profissão.

4.4.1 Configuração do dever de indenizar

Extraíndo do próprio conceito de Azevedo, a configuração do dever de indenizar pode ser de duas formas, pelo descumprimento da obrigação contratual ou pelo descumprimento de um dever genérico a todos imposto pela legislação civil. O referido dever genérico previsto no art. 186 do Código Civil⁸ (BRASIL, 2002) é a imposição negativa do legislador e, primeira observação para configuração do dever de indenizar ou mais adequadamente de recompor o dano experimentado pela vítima que foi acometida pelo descumprimento de um dever de proteção oriundo do ordenamento jurídico (AZEVEDO, 2008).

Para tanto, se faz necessária a existência de momentos distintos que é o ato ilícito, consoante art. 186 CC (Código Civil, BRASIL, 2002)⁹, e a ocorrência do dano art. 927 CC (BRASIL, 2002)¹⁰. Todavia, cumpre salientar que para conformar o ato ilícito, tem-se, a conduta humana, positiva ou negativa; voluntária ou involuntária; a

⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁰ 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.

violação de direito e a existência de dano, material ou simplesmente moral (AZEVEDO, 2008).

4.4.2 Subjetiva

Sílvia Rodrigues (2002) ensina que:

“[...] se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que de acordo com o entendimento clássico a “concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito”.

Dolo é a violação refletida, consciente e intencional de um dever jurídico. Enquanto na culpa, o gesto do agente não tem a intenção de causar prejuízo à vítima, mas com seu ato negligente, imperito ou imprudente causa dano a outrem (RODRIGUES, 2007).

No direito comparado, vem também de Marcelo J. López Mesa (2007) quando esclarece que:

“La culpa implica siempre um defecto de conducta, um concepto de carácter normativo que se funda em que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible em esas circunstancias: consiste o em no prever el daño, no obstante ser previsible; o bien, em preverlo pero sin tomar los recaudos u observar la conducta necesaria para evitarlo”.

Como podemos verificar a reponsabilidade subjetiva está intimamente ligada ao conceito da culpa, sendo certo que a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente.

Como ensina Oscar Ivan Prux (1998):

“A importância da culpa vem desde tempos remotos, sendo amparada na noção de que ninguém deve ser punido se não demonstrado que quis o dano (caso de dolo) ou que, por sua ação omissiva ou comissiva, deu ensejo a ele”.

4.4.3 Objetiva

Conforme anteriormente afirmado, a responsabilidade subjetiva fica selada quando o prejudicado prova a culpa do agente causador. Ocorre que na prática não é fácil obter tal comprovação em certas circunstâncias onde resultou o ato ilícito, ou ainda, a impossibilidade de avaliação dos danos com precisão.

No mesmo sentido, nas palavras do respeitado autor Cavalieri Filho (2006):

“[...] por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa”.

Desta feita, emerge a teoria da responsabilidade civil objetiva, cuja culpa é irrelevante no dever de indenizar. Aqui não se analisa a vontade do agente (culpa), mas, sim, o dano e o nexo causal, são impostos nas condições legais.

Sílvio Rodrigues (2002) assim define a responsabilidade objetiva:

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

4.4.3.1 Teoria do risco

Sistemas jurídicos de outros países como a França, Bélgica e Itália adotaram a responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa, baseada na chamada Teoria do Risco.

A lei brasileira, também acolheu a responsabilidade objetiva em certos casos, conforme expressa Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 (BRASIL, 2002)^{11,12}, Leis Trabalhistas (BRASIL, 1943), Leis do Meio Ambiente (BRASIL, 1998), Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) e outros.

Professor Rizzardo (2006):

"Nas últimas décadas, tem adquirido importância à teoria do risco, que assenta a responsabilidade no mero fato de exercer uma atividade perigosa, ou de utilizar instrumentos de produção que oferecem risco pela sua manipulação ou controle".

Sílvia Rodrigues (2002) assim comenta a teoria do risco:

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

"Risco", nesse sentido, segundo Cavalieri Filho (2010):

"[...] é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente", ou seja, o se resolve no nexo causal e no dano, independentemente da culpa".

¹¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹² Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Em determinados casos a culpa do agente será presumida ou desnecessária a sua prova. Carlos Roberto Gonçalves (2003) afirma que:

“[...] quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida”.

Na situação da inversão do ônus da prova, incube o agente causador dos danos provar os excludentes para se eximir da responsabilidade de indenizar.

4.4.4 Contratual

Baseado pelo art. 389 do CC (BRASIL, 2002): “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

A responsabilidade contratual decorre de um descumprimento de um dos contratantes que causa um dano ao outro perante a obrigação preexistente e estabelecida contratualmente (com agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminado, conforme art. 104 do CC)¹³

Na responsabilidade contratual, basta provar o inadimplemento para obter reparação das perdas e danos, não há necessidade de o contratante provar a culpa do inadimplente. O ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar (art. 188 CC)¹⁴.

4.4.5 Extracontratual

Responsabilidade Extracontratual também chamada de Aquiliana é definida, sendo assim, citada por Maria Helena Diniz (1992):

¹³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁴ 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 responsabilidade extracontratual se resulta do inadimplemento normativo, ou seja, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, da violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional. A fonte desta inobservância é a lei. É a lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexistisse qualquer relação jurídica. Aqui, ao contrário da contratual, caberá à vítima provar a culpa do agente”.

Cabe ainda o mesmo princípio legal apontados nos arts. 186 e 187 complementando sob regulamentação no art. 927¹⁵ todos do código civil brasileiro (BRASIL, 2002) ^{16,17}.

Carlos Roberto Gonçalves nos elucida de forma simples e clara da seguinte maneira (2006):

“Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual (dever contratual), [...]. O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos nos termos do art. 389 do Código Civil. Quando, porém, a responsabilidade não deriva de contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto genericamente no art. 927 do mesmo diploma, diz-se que ela é extracontratual ou aquiliana”.

Ainda, segundo Gonçalves (2006):

As diferenças que podem ser apontadas entre responsabilidade contratual e extracontratual são:

a) A primeira e talvez mais significativa, diz respeito ao ônus da prova. Na responsabilidade contratual, o inadimplemento presume-se

¹⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

culposos, logo, na extracontratual, ao lesado incumbe o ônus de provar culpa ou dolo do causador do dano.

b) A responsabilidade Contratual tem origem na convenção, enquanto a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar a outrem (*neminem laedere*).

c) A capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade contratual, sendo mais ampla no campo extracontratual. Com efeito, os atos ilícitos podem ser perpetrados por amentais e por menores e podem gerar o dano indenizável, ao passo que somente as pessoas plenamente capazes são suscetíveis de celebrar convenções válidas [...].”.

4.4.6 Responsabilidade Direta

Maria Helena Diniz (2003) afirma que a responsabilidade será direta se “se proveniente da própria pessoa imputada – o agente responderá, então, por ato próprio [...]”.

4.4.7 Responsabilidade Indireta

Maria Helena Diniz (2003) ensina que indireta ou complexa “se promana de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda”.

A seguir o disposto no Código Civil (BRASIL,2002).

4.4.8 Responsabilidade por ato de terceiro

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”;

No caso do art. 932, III do CC (BRASIL, 2002) o patrão tem responsabilidade objetiva e é uma responsabilidade indireta sobre os empregados. O empregado tem responsabilidade direta sobre a conduta ilícita, mas essa responsabilidade no Código Civil é subjetiva com culpa provada. Significa dizer que para que o patrão responda, deve haver culpa do empregado. Isto não ocorre no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), pois se necessita apenas provar que houve uma falha no serviço ou no produto.

“IV - Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos”;

4.4.9 Responsabilidade pelo fato do animal

“Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

4.4.10 Responsabilidade pelo fato da coisa

“Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

4.5 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As excludentes de responsabilidade civil são situações jurídicas descritas pela lei que exoneram ao agente o dever jurídico de reparação do dano.

As causas de exclusão de responsabilidade civil subjetiva podem ser divididas em: causas naturais (ocorrências inevitáveis e imprevisíveis) e causas voluntárias (acontecimentos decorrentes de atos das partes ou de terceiros).

Segundo Sergio Cavaliere Filho (2014), as hipóteses de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao agente ou ao devedor, também conhecidos como causas de exclusão ou rompimento do nexo causal, são o caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e a cláusula de não indenizar.

Assim sendo, para o mesmo autor (2006), na ausência do nexo causal não há que se falar em responsabilidade do agente. "Causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente".

O agente que age sob uma excludente de ilicitude, ou quando não houver nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, não há que se falar em responsabilidade de indenizar.

Assim, o artigo 188, do Código Civil (BRASIL, 2002), prevê que:

"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"..

As causas que podem excluir a responsabilidade do médico podem ser as descritas no Código Civil, artigo 393¹⁸ (BRASIL, 2002) que são o caso fortuito e a força maior, além da culpa exclusiva do paciente e a cláusula de não indenizar.

Nas palavras de Nehemias Domingos de Melo (2008): "[...] Mesmo que o agente tenha sido envolvido em um evento danoso, se não lhe deu causa, estará isento do dever de reparar o dano".

¹⁸ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

4.5.1 Culpa exclusiva da vítima

Nesta hipótese, não há liame de causalidade entre o ato do causador do dano e o prejuízo da vítima. O causador não passa de mero instrumento do acidente (GONÇALVES, 2010).

A culpa da vítima ocorre nos casos em que o agente, no caso o médico em nada contribuiu para o evento danoso. O fato que gerou o dano foi causado pelo próprio paciente, sem interferência do médico. Sílvia Rodrigues (2002) afirma que na culpa exclusiva da vítima.

“[...] desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima”, na culpa concorrente, “sua responsabilidade se atenua, pois, o evento danoso deflui tanto de sua culpa, quanto da culpa da vítima”.

Geralmente ocorre nos casos em que o paciente não segue o tratamento prescrito ou os cuidados pós-operatórios recomendado pelo médico.

Ainda o mesmo autor, Sílvia Rodrigues (2002) em relação à concorrência de culpa ou culpa concorrente afirma que:

“Casos em que existe culpa da vítima, paralelamente à culpa concorrente do agente causador do dano. Nessas hipóteses o evento danoso decorreu tanto do comportamento culposos daquela, quanto do comportamento culposos deste. Por conseguinte, se houver algo a indenizar, a indenização será repartida entre os dois responsáveis, na proporção que for justa”.

Nestes casos, entende-se pela repartição de responsabilidade, de acordo com o grau da culpa, nos termos do artigo 945, do Código Civil (BRASIL, 2002):

“Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Por exemplo, se após uma cirurgia ortopédica o médico prescreve ao seu paciente, que por um determinado tempo que ele caminhe somente com o auxílio de muletas e faça sessões de fisioterapia e o paciente descumpra suas recomendações pós-operatórias, fazendo-as sem dedicação, ou de forma errônea, e como consequência tem uma má cicatrização óssea, ou até mesmo uma atrofia muscular, o dano experimentado pelo paciente não poderá ser imputado ao cirurgião.

O paciente que se opõe ou recusa em receber a assistência médica que lhe é oferecida, e por conta desta negativa experimenta um dano à sua saúde, não pode atribuir qualquer responsabilidade ao médico, que teve sua obrigação profissional limitada pela vontade do paciente (FUMAROLA, 2002).

É o caso de tutor que recusa ou não faz exames pré-anestésicos solicitados pelo veterinário, e o animal sofre uma parada cardíaca ou intoxicação anestésica decorrente da imprevisibilidade por ausência dos exames. Ainda, o tutor que não observa as recomendações pós-cirúrgicas como curativos, medicamentos e retornos solicitados em data agendada.

4.5.2 Caso fortuito e força maior

O Código Civil em seu artigo 393 (BRASIL, 2002) assim define: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior se expressamente não se houver por eles responsabilizado” e continua em seu parágrafo único “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”

A culpa da vítima ocorre quando o dano decorre de ato da vítima. O fato de terceiro acontece quando o causador do dano se exonera do dever de repará-lo devido a causa alheia causado por ação ou omissão de terceiro. O caso fortuito e a força maior ocorrem quando advém de evento de efeitos imprevistos ou inevitáveis.

Maria Helena Diniz (2003) define caso fortuito e força maior:

“Na força maior, conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza, como, por exemplo, rio que provoca incêndio; inundação que danifica produtos; [...] No caso fortuito o acidente que gera o dano advém de [...] causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos [...]”.

No entendimento da majoritária doutrina, o Código Civil (BRASIL, 2002), no parágrafo único do citado art. 393¹⁹, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Todavia, há diferença, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior (CARALIERI FILHO, 2006).

Nas palavras de Hildegard Taggesell Giostri (2011), são “[...] As ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico, e que guardam as características da imprevisibilidade e da inevitabilidade”. Exemplo a prescrição de um medicamento de uso corrente, ou mesmo um procedimento habitual, que acarrete uma reação imprevisível no paciente. É o caso de animal que está condicionado ao banho e subitamente é acometido por Síndrome do Estresse Respiratório.

Ambos, então, fazem cessar a obrigação médica ou prestado de serviço de indenizar, uma vez que o profissional poderia até prever o dano, mas não teria condições de impedi-lo.

4.5.3 Fato de terceiro

Sílvio de Salvo Venosa (2003) afirma que:

“Temos que entender por terceiro, nessa premissa, alguém mais além da vítima e do causador do dano. Na relação negocial, é mais fácil a conceituação de terceiro, pois se trata de quem não participou do negócio jurídico”.

¹⁹ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

Encontramos o fato de terceiro previsto entre as excludentes de responsabilidade do fornecedor de serviço no Código de Defesa do Consumidor, no art. 12, § 3º, III, bem como no art. 14, § 3º, II (BRASIL, 1990)^{20,21}.

Podemos citar também o art. 393 do Código Civil (BRASIL, 2002) e seu parágrafo único²², do Livro do Direito das Obrigações, que diz que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, cujo efeito não era possível evitar ou prever. Muito embora o artigo citado não inclua o fato de terceiro, a equiparação deste instituto às excludentes citadas é defendida pela doutrina.

Sergio Cavalieri Filho (2006): “[...] O fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável”.

É qualquer pessoa que não seja o paciente e que não mantenha qualquer ligação com o corpo médico. Como por exemplo, o dano ocasionado por interferência de algum familiar do paciente, por um farmacêutico, ou até mesmo por um laboratório.

O proprietário de um animal é parte de uma relação contratual com o veterinário, pois é ele quem manifesta e expressa a anamnese clínica, e se responsabiliza pelo seu tratamento como um tutor. Nesse caso, a hipótese do tutor adquirir um medicamento diverso daquele prescrito, sob recomendação de um terceiro. No caso de auxiliar, instrumentalista, entre outros, estes serão devidamente responsabilizados conforme art. 932, III, do Código Civil (BRASIL, 2002)²³, que será discutido no tópico próprio.

²⁰ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

²¹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

²² Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

²³ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

4.5.4 Cláusula de não indenização

A cláusula de não indenizar é a condição contratual para não reparar os prejuízos impostos à vítima. Por ser contratual, não se adequa na responsabilidade aquiliana ou extracontratual, perdendo a sua validade quando ofender as normas de ordem pública.

Lembrando que nas relações de consumo e as de natureza diversa, o Código de Defesa do Consumidor veda a cláusula de não indenizar por danos à saúde e segurança do consumidor, bem como por vícios decorrentes do serviço ou produto, com fulcro no artigo 25, do CDC (Código de Defesa do Consumidor, BRASIL, 1990) ²⁴.

Maria Helena Diniz (2003):

“[...] para ter validade, será imprescindível a bilateralidade do consentimento, de modo que será ineficaz declaração unilateral de vontade sem anuência da outra parte. A cláusula de não indenizar, isto é, a limitação convencional da responsabilidade não poderá eximir o dolo de estipulante e, além disso, ela só seria eficaz se correspondesse a uma vantagem paralela em benefício do outro contraente”.

Paulo Nader acrescenta (2010):

“[...] desde que não limite ou exclua a incidência de norma de ordem pública, nem de qualquer lei especial proibitiva, as partes podem estipular livremente a cláusula de não indenizar. Prevalece, *in casu*, o princípio da autonomia da vontade, por força do qual podem ampliar, restringir o valor do dano, bem como prefixá-lo em ato negocial”.

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

²⁴ Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

5 PRAZOS PRESCRICIONAIS

Prescrições extinguem direitos por inércia no decurso de tempo para agir em determinado caso.

Podemos citar a prescrição legal de reparação de danos conforme prevista no artigo 206, do Código Civil (BRASIL, 2002), in verbis:

“Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

V – A pretensão de reparação civil”.

6 ERRO MÉDICO

6.1 INTRODUÇÃO

Nas palavras sábias do Correia-Lima que descreve o prefácio do artigo “Erro médico e responsabilidade civil” (2012), a realidade atual da profissão de medicina:

“[...] a exuberante evolução tecnológica, com a criação de métodos propedêuticos de alta complexidade e grande resolubilidade, tornou a medicina extremamente dispendiosa e afastou o médico do paciente, priorizando a tecnologia em detrimento do relacionamento humano, da disponibilidade, da presença, do carinho e da compreensão. A maior conscientização dos cidadãos em relação aos seus direitos, influenciada pela mídia que, por vezes, explora e hipertrofia as falhas dos profissionais da medicina; a deficiente formação profissional decorrente, dentre outros fatores, da proliferação exagerada e injustificada das escolas médicas e, sobretudo, a proletarização e consequente vil remuneração do trabalho médico, vieram a sepultar, em definitivo, a relação médico-paciente e a substituí-la pela exagerada solicitação de exames de laboratório, objetivando, além do diagnóstico preciso, a segurança quanto a um possível processo de responsabilidade”.

O erro médico e a consequente responsabilidade civil do profissional de medicina geram dificuldades para a jurisdição, pois envolve aspectos realmente particulares, algumas vezes restritos a especialistas. Os operadores jurisdicionais e, de modo especial, os aplicadores do direito, enfrentam dificuldades no tocante à verificação do erro médico.

Moraes esclarece que o direito não leva em consideração se o erro médico foi praticado por erro ou por ignorância e mais, é um erro, como os há em todas as outras profissões factíveis da falha da natureza humana que por sua vez são passíveis de responsabilidade em várias esferas legais, como penal, civil ou administrativo (MORAES, 1996).

Gomes, et al (2001): “Erro médico é o dano, o agravo à saúde do paciente provocado pela ação ou inação do médico no exercício da profissão e sem a intenção de cometê-lo”.

6.2 A CULPA NO ERRO MÉDICO

A responsabilidade do médico envolve o instituto da culpa no seu sentido mais amplo (dolo e culpa), e o erro que responsabiliza o profissional da área médica que está relacionada diretamente a culpa (*strictu sensu*).

Oportuno salientar que o erro médico ora apontado trata-se de todas as áreas médicas em que o profissional decide e interfere para recuperar a saúde de um enfermo, ou seja, um farmacêutico, dentista, fisioterapeuta, médicos e inclusive veterinários.

A culpa que origina o erro é uma conduta humana que se caracteriza pela violação ou inobservância de uma regra, em razão da falta de cuidado objetivo, sendo, portanto, um erro não proposital.

Nos ensinamentos do Mirabete (1999), o erro é:

“[...] a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível e, excepcionalmente, previsto que podia, com a devida atenção, ser evitado”.

6.3 A CULPA MÉDICA *Strictu sensu*

Júlio Cezar Meirelles Gomes e Genival Veloso França (1999) em sua obra “Erro Médico” conceituam: “Erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.

No campo da culpa *strictu sensu*, pode-se dizer que a imprudência é a falta de cautela, descuido, é ato comissivo, ocorre quando a assunção de riscos pelo médico ao paciente ocorre sem base científica para seu procedimento. A negligência, por sua vez, é ato omissivo, é a falta de cuidado, diligência, desídia capaz de caracterizar responsabilidade por culpa. Já a imperícia é a incompetência, inexperiência, desconhecimento, ignorância, falta de habilidade na profissão.

No dizer de Genival Veloso França (1998), imprudente é o médico cujos atos “são caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração”; negligente é aquele que “pela inação, indolência, inércia, passividade falta aos deveres que as circunstâncias exigem”; imperito é aquele que “por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos” deixa de observar as normas técnicas fundamentais para o exercício da profissão.

Gomes et al (1998): “A negligência consiste em não fazer o que deveria ser feito. A imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito”.

O Código Civil pátrio é claro quando expressa no art. 951 do CC (BRASIL, 2002)²⁵ a aplicação da indenização decorrente da negligência, imprudência ou imperícia por parte dos profissionais da área da saúde. Os dispostos nos arts. 948, 949 e 950 do CC (BRASIL, 2002)^{26,27,28} aplicam-se ainda no caso de indenização

²⁵ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

²⁶ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

²⁷ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

²⁸ Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

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.

6.4 TEORIA *INTER IPSA / RES IPSA LOQUITUR*

Esta teoria foi desenvolvida nos Estados Unidos, sendo adotada por alguns de seus estados. A teoria *Res Ipsa Loquitur*, que significa, a coisa fala por si só, é aplicada em favor da vítima toda vez que as provas forem consideradas insuficientes para comprovar a culpa do demandado em situações que as circunstâncias forem muito evidentes.

A *Res Ipsa Loquitur* decorre da presunção de culpa médica pela ocorrência de um fato em que o julgador não tem outra opção de apontar o erro médico em uma determinada circunstância, como por exemplo: a morte de um paciente; a amputação de um membro errado; o esquecimento de instrumental cirúrgico dentro do paciente; as lesões ocorridas em partes saudáveis do corpo do paciente, diferente daquela tratada ou operada; queimaduras resultantes de lâmpadas de radiografia ou produtos químicos; a remoção equivocada de parte do corpo, quando outra é que deveria ter sido removida. Nesses casos, o juiz diante da evidência de erro médico, ou do “erro grosseiro” chega a admitir a culpa do profissional, como uma evidência circunstancial, de que tal fato não teria acontecido sem a culpa do médico.

Jorge Mosset Iturraspe (2010):

“Ensina que essa concepção teórica faz parte do “direito de evidência circunstancial”, aplicável quando nos deparamos com as seguintes situações:

- a) quando não há evidência de que forma e por que ocorreu o dano;
- b) quando se crê que o dano não teria ocorrido se não houvesse culpa;
- c) quando recair sobre o médico que atendia pessoalmente o paciente”.

Além de alguns estados dos Estados Unidos admitirem a aplicação desta teoria, segundo Miguel Kfoury (2010), a jurisprudência sobre o tema é abundante também no Canadá.

No Brasil, a teoria é de aplicação com ressalvas ou exceção, pois a necessidade de provas ainda é a corrente majoritária quando o assunto é ligado ao processo destes profissionais.

A teoria fundamenta-se na posição de René Savatier (1951), que defende a ideia de que o juiz está autorizado a usar dos indícios suficientemente lógicos e fortes para tornar sua convicção legítima, pois existe sempre uma lógica no desenvolvimento dos fatos, mesmo os biológicos (MELO, 2008).

No Brasil, embora tímida a presunção de culpa contra o médico, há acórdão que exprime a exceção:

"Apelação cível. Responsabilidade médica. Oftalmologista. Cirurgia eletiva de correção de miopia. Subsequente perda da visão. Aplicação da doutrina da culpa *in re ipsa*. Danos materiais e morais. Merece ser acolhida pretensão de indenização (por gastos médicos e de terapia psicológica) e de reparação (por dano moral) de quem submetendo-se a cirurgia de eleição, para correção de deficiência em um dos olhos, vem a obter, como resultado, a perda de visão. Ainda que se não flagre aí uma obrigação de resultado, inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, merecendo ser responsabilizado o médico que, por razões insuficientemente comprovadas, não só não logra êxito - que não lhe era exigido - mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava anteriormente, pois sem visão justamente no olho operado. Merece prestígio, em casos que tais, a doutrina da culpa *in re ipsa*, na medida em que o sistema de responsabilidade civil do médico é o da responsabilidade subjetiva (TJRS, Apelação Cível nº 598068245, 6ª Câmara Civil, Relator Desembargador Antônio Jandyr Dallagnol Júnior, julgado em 11.11.1998) ”.

6.5 EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA CULPA MÉDICA

Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da enfermidade, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo próprio médico para tratar um

mal maior. Difere das excludentes de nexo causal, pois nestas hipóteses o dano ao paciente ocorre por não ser alcançado pela medicina ou uma intervenção arriscada como último recurso para manutenção ou estabilidade da saúde de quem está sendo submetido ao tratamento.

6.6 ERRO DE TÉCNICA, ERRO PROFISSIONAL E ERRO “GROSSEIRO”

O equívoco entre erro e culpa é comum, basta observar os inúmeros casos em que a intervenção médica produz um dano, sendo considerado, portanto, erro. Contudo, não é legítimo responsabilizar o profissional. Assim a noção de erro e culpa devem ser distintas. Desta forma, só haverá que se falar em responsabilidade do profissional se configurada a culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Ruy Rosado Aguiar Júnior (2000) conclui:

"A culpa supõe a 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".

Para Rui Stoco (2007), outro erro que se mostra relevante no campo da responsabilidade civil médica é o chamado erro de técnica ou erro profissional, aquele que “resulta da incerteza ou da imperfeição da arte e não da negligência ou incapacidade de quem a exercita, salvo se se tratar de um erro grosseiro”. Salienta-se que, de acordo com a melhor doutrina, não se deve considerar o erro profissional como culpa, além de não se confundir com erro médico, isso porque “a imperfeição da ciência é uma realidade. Daí a escusa que tolera a falibilidade do profissional”.

Erro é uma falha no exercício profissional, é um juízo valorativo, promovendo uma comparação entre o procedimento adotado e aquele que em tese, teria evitado o dano já conhecido, este juízo valorativo não analisa a culpa, pois não está interessado na maior ou menor diligência de um médico diante de um determinado quadro clínico, ora, um médico absolutamente diligente, e observador da “*lex artis*”, diante de um quadro clínico em que temos dois tipos de tratamento, pode optar por um que não cure o enfermo, sendo assim o médico errou, mas não houve culpa (SOUZA, 2013).

É erro escusável e, portanto, não susceptível de indenização. Convém explicitar, outrossim, que o erro de técnica ou erro profissional difere da imperícia. Esta ocorre quando a técnica empregada é correta e adequada, mas a conduta do profissional médico é incorreta ou desastrosa. Pode-se dizer, então, que houve o mau emprego de uma boa técnica. É considerado erro inescusável e, portanto, erro punível no campo da responsabilidade civil médica, gerando obrigação de indenizar.

O erro profissional é escusável devido a imprecisão da arte, pois a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta. Assim, resta claro que não havendo culpa não há dever de indenizar pelo profissional.

O erro profissional se dá quando a conduta médica foi correta, porém a técnica empregada foi incorreta. O médico procede corretamente, sendo o erro imputado à limitação da profissão e da natureza humana. Diferentemente da culpa, pois neste caso a conduta médica é incorreta e a técnica é correta. Na culpa há falta dos deveres de prudência e diligência, que se podia esperar de um bom profissional.

O que se preocupa é a conduta (culpa) e não a técnica corretamente empregada.

Não se ignora que a obrigação médica é de meio, ou seja, o médico só deve responder pelo que depender dele, e não pelas repostas da fisiologia do organismo e nem pelas limitações da arte da medicina. É o exemplo de uma resposta de choque anafilático decorrente a introdução de substância anestésica em animal ou ainda, o efeito inútil de uma quimioterapia.

Assim, se o procedimento apontado pela literatura médica como correto produz efeitos indesejáveis não há que se falar em responsabilidade médica. Isso porque a responsabilidade médica é subjetiva fundada na culpa.

Vale insistir que o erro profissional também é apreciado pela doutrina e pela jurisprudência com cautelas, pois não é papel do juiz dizer se aquela técnica é boa ou má, se existe outra técnica melhor do que aquela empregada pelo médico.

Yussef Cahali (1988) enfatiza que “ao juiz é defeso, por não ser de sua competência, pronunciar-se por essa ou aquela escola, optar por esse ou aquele método operatório”. No mesmo sentido, Aguiar Dias (2006, p. 353) leciona que “o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões”. Para esse doutrinador, o erro de técnica está configurado quando, de acordo com certas normas, o médico procede com desconhecimento de técnicas ou desprezo por

deveres inerentes a sua profissão. Além disso, a culpa, além de certa, deve ser grave quando do procedimento do médico.

Para Rui Stoco (2007) o chamado erro profissional: "resulta das incertezas e imperfeições da arte e não da negligência ou incapacidade de quem a exercita [...]".

Como advertem Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2001): "o médico também é pessoa, sujeito a inúmeras limitações impostas pela sua própria condição humana e também pela ciência, sem contar a ação ou a omissão do paciente durante certo tratamento".

Cumprir relatar ainda sobre o erro "grosseiro" que gera a responsabilidade do médico, tal conduta profissional é decorrente de desvio no conhecimento elementar e básico da medicina, ou seja, além da negligência, imprudência e imperícia, o médico responde por este erro. A jurisprudência é pacífica nessa questão em condenar os médicos, a exemplos de esquecimento de objetos quando da realização cirúrgica^{29,30} e remoção do lobo errado da tireoide³¹.

O erro deve ser apreciado com reservas pelos julgadores, pois não é papel do juiz fazer apreciações de ordem técnica, ou se existe uma outra técnica que poderia não levar o dano. Cabe ao juiz apenas o estudo da conduta do profissional, se ele procedeu de acordo com suas obrigações de perícia, prudência e diligência.

Conforme citado por Aguiar Dias (2006): "o julgador não deve e nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões".

6.7 IATROGENIA

A iatrogenia é uma palavra de origem grega, onde *iatrós* significa médico e *genia*, origem. Consiste num efeito indesejado decorrente da atuação positiva do médico. Não exige necessariamente a culpa do profissional, pois basta que a atuação positiva do médico cause objetivamente um mal ao enfermo. A iatrogenia em sentido lato, sem atuação culposa do profissional, consiste em desfechos

²⁹ TJ-SP - Apelação: 00231728920128260344 SP 0023172-89.2012.8.26.0344, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 30.03.2016, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30.03.2016.

³⁰ TJ-SP – Apelação: 0004539-89.2011.8.26.0562 Relator (a): Luiz Antônio Costa; Comarca: Santos; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29.02.2016; Data de registro: 29.02.2016.

³¹ TJ-PR - Apelação: 11423060 PR 1142306-0 (Acórdão), Relator: Dartagnan Serpa Sa, Data de Julgamento: 23.10.2014, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25.11.2014.

conhecidos ou não que, sem o tratamento prescrito, não ocorreriam, mas que se justificam pela total impossibilidade de haver medicina caso fossem inadmitidos pelo direito, por exemplo: cicatrizes operatórias, cegueira depois de retirada de tumor cerebral no lobo occipital, morte decorrente de sangramento excessivo durante procedimento cirúrgico complexo, osteomielite resultante de osteossíntese de fratura fechada de fêmur, tumores secundários ao tratamento quimioterápico do tumor primário, entre inúmeros outros (QUEIROZ, 2014).

Insiste esclarecer que os médicos têm o dever e a obrigação de empregar com cuidado, diligência e zelo as melhores técnicas e conhecimentos, visando sempre ao restabelecimento da saúde do paciente. Entretanto, é certo que essa ação não depende exclusivamente deles, mas de inúmeros fatores extrínsecos, inclusive no que tange à reação de cada paciente à intervenção cirúrgica, bem como à utilização de medicamentos. Dessa forma, determinados danos podem ser causados em virtude da falibilidade humana e do comportamento, reação corporal do paciente, ao passo que outros podem ser causados em virtude de uma falha no exercício da profissão, da inobservância de condutas omissivas ou comissivas do profissional e, dependendo da situação em que se enquadra, poderá haver repercussão no ordenamento jurídico.

A iatrogenia é um instituto ainda desconhecido que suscita discussões, controvérsias e dificuldades de aplicação na área jurídica e na própria medicina, embora nos compêndios médicos a iatrogenia ser bastante difundida, tendo aplicação não só na área médica, como também na odontológica e de enfermagem, relativas a intervenção médica, procedimentos e prescrição de medicamentos (MENEZES, 2010).

Kátia Conceição Guimarães Veiga (2007) nos ensina que na área médica a iatrogenia é considerada como:

“[...] as manifestações inerentes aos vários procedimentos diagnósticoterapêuticos adotados na área médica e de enfermagem, principalmente aqueles de caráter invasivo, cujos efeitos danosos podem ser presumíveis, inesperados, controláveis ou não”.

O desembargador Sylvio Capanema de Souza (2006), por sua vez, leciona que:

“[...] agindo o profissional com perícia e prudência, utilizando-se das técnicas indicadas pela literatura médica para evitar danos ao paciente, e efetuando o procedimento mais indicado para o objetivo pretendido, não lhe deve ser atribuída qualquer responsabilidade pelas sequelas que decorrem do procedimento utilizado, que se caracterizam como lesões iatrogênicas, que são lesões previsíveis, porém inevitáveis, provocadas por um ato médico [...]”.

Existem três tipos de iatrogenia, quais sejam, a que engloba as lesões previsíveis e esperadas, uma vez que o procedimento gera inevitavelmente sequelas no paciente, é o exemplo da amputação de uma perna decorrente a diabetes; a que enquadra as lesões previsíveis, porém, inesperadas, podendo acarretar lesões decorrentes do risco existente a todo e qualquer procedimento médico, exemplo de reações anafiláticas aos medicamentos ou contrastes radiológicos em virtude do próprio organismo do paciente; e a que agrupa as lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da sua profissão, sendo estas falhas sujeitas a responsabilização legal do médico, como por exemplo, confusão entre veias no caso de cirurgia de varizes, levando a gangrena do membro (MORAES, 2003; JATENE, 2000).

No campo da medicina veterinária temos as lesões previsíveis cujo procedimento implica em sequelas, além das citadas acima, a cirurgia de mastectomia decorrente a excisão de nódulo mamário. Naquelas previsíveis, porém inesperadas, é o caso da reação do pré-anestésico em animal e aderências pós-cirúrgicas, e por fim as lesões decorrentes de falha do comportamento humano como a incisão do ureter durante a ovariosalpingohisterectomia.

A iatrogenia caracteriza-se por um atuar médico de forma correta, necessária, consubstanciado no uso de técnicas e medicamentos necessários para enfrentar crises ou surtos, que causam danos em pessoas sadias ou doentes não ensejadores de responsabilidade civil (CARVALHO, 2005).

O mesmo autor, José Carlos Maldonado de Carvalho (2005):

“[...] a medicina moderna, ao conceituar iatrogenia como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou aos males provocados pelo tratamento prescrito, estanca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da

saúde alheia, assumem uma obrigação de meios com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm e que seu pacientes presumem estejam no domínio do esculápio, cujo eventual desvio não vai além da relação terapêutica [...]”.

A iatrogenia não se confunde com o erro médico que gera, inegavelmente, a responsabilidade civil. A iatrogenia caracteriza erro escusável, que não gera a responsabilidade em qualquer de suas esferas civil, penal ou administrativa. Ela “aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica” (CARVALHO, 2005). Por outro lado, a responsabilidade civil decorre da violação de um dever objetivo de cuidado ou da violação de um dever de forma consciente que induz a sanções em todas as esferas.

Iatrogenia também pode decorrer de fatores intrínsecos individuais de cada paciente, pois o organismo de cada ser humano reage de uma determinada forma a certos procedimentos e medicamentos utilizados no atuar médico. Nesses casos, as reações advindas podem acarretar lesões iatrogênicas, que, no entendimento de Rui Stoco (2007) “embora previsíveis, não têm qualquer relação de causa e efeito com a atuação do médico, da técnica empregada ou do atual estado da ciência”. Assim, a conduta do médico é lícita, porém, o paciente deve ser informado das possíveis consequências, não sendo o caso, se assim for feito, de responsabilidade civil.

Cumprido consignar ainda que a omissão de informações por parte do paciente sobre as suas condições de saúde desfavoráveis aos procedimentos ou intervenção médica, eventuais intercorrências ou complicações danosas decorrentes desta omissão não podem ser atribuídas ao médico.

Alinhado a essa mesma ideia, Couto Filho et al (2008):

“[...] consubstancia, como o próprio nome diz, num evento danoso, ruim para o paciente, mas que decorre não de um ato médico específico, mas de uma série de fatos, tais como reação adversa do organismo da pessoa, pouca resistência imunológica, etc. ”.

7 PACIENTE

No erro médico, o paciente é o que experimenta o dissabor das consequências provocada pela ação ou inação do médico no exercício da profissão. Enquanto no erro veterinário, a atuação é no animal, porém o paciente, de forma reflexa, é o tutor do animal.

7.1 CONSENTIMENTO INFORMADO E ESCLARECIDO

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, inciso III (BRASIL, 1990) elenca como direito do consumidor a informação sobre o serviço e os riscos que ele oferece quando afirma que

“São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Ainda o Código de Defesa do Consumidor elenca o dever do médico de informar o paciente dos riscos do serviço em seu artigo 8º (BRASIL, 1990):

“Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”.

Cabe ao médico veterinário informar ao tutor e documentar a informação sob a forma termo de consentimento autorizando a realização do tratamento, demonstrando a ciência dos riscos a que está submetendo o animal. Desta forma, o veterinário demonstra que cumpriu seu dever de informação, estabelecendo relação de confiança com o paciente e agindo dentro dos ditames da ética médica veterinária.

Nos ensinamentos do Rui Stoco (2007):

“[...] a informação diz com os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens e os inconvenientes da hospitalização ou das diversas técnicas aceitas pela comunidade científica e que podem ser adotadas e, ainda, o esclarecimento quanto aos prognósticos e às circunstâncias do ato cirúrgico ou do tratamento”.

Para justificar um procedimento realizado pelo médico é necessário que o paciente tenha previamente o conhecimento integral desta intervenção, bem como a sua anuência, importante ainda sempre que houver a possibilidade de um risco, que só é dispensável em casos de urgência que não possa ser de outro modo superada.

O consentimento informado e a informação encontram respaldo legal no Código do Consumidor (BRASIL, 1990), em seu artigo 6º, inciso III: "Art. 6º - São direitos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços [...]". Mas, não é só o Código do Consumidor que dispõe nesse sentido, também o faz o Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) e Código de Ética Veterinária (BRASIL, 2016).

A falta de informação adequada repercute ainda na aplicação da teoria da perda de uma chance, uma vez que a falha nesse dever leva o paciente a perder a chance de escolha do médico com que poderia se tratar, médico que teria lhe prestado os devidos esclarecimentos e respeitado a sua liberdade de escolha de se submeter ou não ao tratamento ou à intervenção cirúrgica (MARQUES, 2004).

É de entendimento unânime a imprescindibilidade do consentimento formal do paciente, evitando termos técnicos desconhecidos do leigo. O paciente para consentir não pode ter dúvidas, pois a principal finalidade do consentimento informado e esclarecido é fornecer ao paciente informações claras sobre seu estado de saúde, bem como sobre os procedimentos médicos a que ele será eventualmente submetido, seus benefícios e riscos. Pois, somente estando bem informado, ele poderá decidir conscientemente sobre que atitude tomar, se rejeita ou se submete ao tratamento proposto.

Na seara da subjetividade é necessário respeitar a autonomia e a expressão do reconhecimento de que cabe ao paciente decidir sobre o próprio corpo, segundo sua visão de vida, fundada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo

quando divergentes dos dominantes na sociedade ou dos defendidos pelos médicos (SANTOS, 1989; PESSINI, 2001; LIGEIRA, 2012).

Luciana Mendes Pereira Roberto (2010) explica quais são os efeitos do termo de consentimento informado e esclarecido:

“[...], portanto, são dois os efeitos do consentimento: O principal, que torna lícita a atuação do profissional de saúde quando do tratamento de seu paciente; e o secundário, exonerando-o de certas responsabilidades sobre as quais o paciente foi previamente alertado (riscos e consequências) e mais que isso, afastando a responsabilidade em que incorreria se atuasse sem o consentimento do paciente, ferindo sua liberdade e autodeterminação”.

A falta de informação, porém, por si só não é causa do dano, porque se a intervenção era indispensável e causou danos, a falta de informação adequada não pode ser levada em conta, a não ser para uma indenização por dano moral. Entretanto se a intervenção era dispensável, resulta na responsabilidade, pois o paciente poderia ter decidido não correr o risco (PENNEAU, 1990).

Em certas circunstâncias, a inexistência do assentimento é clara, a exemplo de um fato novo no desenrolar de uma cirurgia. Neste caso, a providência recomendada é de, se possível, suspender o ato para submeter a decisão ao paciente em vista de novos exames do material encontrado (AGUIAR JUNIOR, 2000).

A Corte entendeu culpado o cirurgião e procedente a demanda. Nos Embargos Infringentes n. 208/90, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a liceidade da conduta do cirurgião que ampliou a cirurgia e extirpou o lobo direito da tireoide, sem o consentimento do doente. Mas, o voto vencido, com irrecusável acerto, acentuou que o posterior exame laboratorial comprovou que o tecido extraído era sadio e que não havia perigo de vida na interrupção da cirurgia, para aguardar o resultado da biópsia (AGUIAR JUNIOR, 2000).

Lívia Haygert Pithan (2012) assevera que:

"Pode-se afirmar que a jurisprudência brasileira sobre consentimento informado é recente e, se considerada em comparação a outros países, notadamente nos Estados Unidos, pode-se considerá-la incipiente".

A autora (PITHAN, 2012) ainda destaca o primeiro julgado brasileiro específico sobre o tema:

“No Brasil, somente no ano de 2002 a expressão “consentimento informado” é utilizada em uma decisão judicial. Em acórdão pioneiro, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirma-se a responsabilidade civil do médico e da instituição hospitalar pelos danos causados em uma paciente que se submeteu a um procedimento cirúrgico oftalmológico, sem ter sido informada devidamente de risco de cegueira, que acabou por ocorrer, gerando dano. Considerou-se a falta de informação como violadora das regras éticas que cercam a relação médico-paciente. Esta decisão é diferenciada em relação as que a sucedem sobre o tema, em especial por um aspecto: considera o consentimento informado derivado de uma exigência ética e não somente de uma regra de consumo. Posteriormente, vários tribunais estaduais passaram a julgar demandas similares”.

Na área veterinária é imprescindível o termo de consentimento, pois a decisão sobre o animal é ônus do tutor. Alguns procedimentos que envolvem alto grau de risco como, por exemplo, cirurgia em animal debilitado e principalmente na execução da eutanásia, ensejam colheita do termo. Lembrando que a ausência de informação ou informação incorreta são negligências do veterinário, além do dano e nexo de causalidade para o tutor pleitear a indenização.

Além da responsabilidade civil pesa sobre a indicação de um dever profissional do médico veterinário informar a abrangência, limites e riscos de suas prescrições e ações profissionais, conforme alude Código de Ética da Medicina Veterinária inscrito na Resolução 1138 no art. 6, X (BRASIL, 2016): “Art. 6º São deveres do médico veterinário: X - informar a abrangência, limites e riscos de suas prescrições e ações profissionais”.

A recomendação é sempre esclarecer o tutor o máximo de informação para ações que serão tomadas, desde o custo do tratamento até os riscos de vida que será submetido o paciente, de modo que respeite a livre escolha e consciência de quem, por vezes, encontra-se fragilizado decorrente da enfermidade que assola o seu companheiro.

O dever de informação é um princípio da boa-fé e está elencado no agir com zelo e cuidado do veterinário.

No trabalho dos pontos críticos na relação entre médico veterinário e tutor em um hospital-escola, concluiu-se que o conhecimento técnico seria uma característica mais aplicada pelos veterinários e estudantes durante os seus atendimentos, e expor de forma transparente e clara os custos dos serviços prestados como os menos aplicados, mesmo sabendo que o custo deste serviço é causa de conflitos entre eles e tutores. A maioria dos veterinários (93,02%) respondeu a deficiência na instrução para comunicação com os tutores e 97,67% concordaram que a universidade deveria incentivar o conhecimento sobre estes procedimentos de comunicação (MOURA et al, 2017).

7.2 TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO E DEVER DE INFORMAR

É comum a dúvida e tanto controvérsia a questão do termo que é um documento físico e assinado pelo paciente para num futuro ser utilizado como meio de prova em favor do médico demandado pela justiça.

O principal objetivo deste tema é a informação adequada e a conscientização de quem vai receber uma prestação de serviço, ou seja, um diálogo entre o médico e o paciente. O fato deste acordo estar expresso em papel, por vezes, não significa garantia de que o dever de informar foi exaurido o suficiente para a compressão do usuário, como pode ser notado em alguns termos bastantes resumidos.

O prontuário médico é como um documento mais valioso que o próprio termo, principalmente em situações onde não ocorreu um devido processo informativo, ou ainda, quando o termo assinado foi mal elaborado (FERNANDES et al, 2007).

Bastante salutar foi a discussão do CREMESP³² ao publicar essa questão: não há uma exigência compulsória e nem legal de emissão de termo de consentimento assinado. Um dos motivos da perda de ações médicas está relacionado com a ausência de informações adequadas, escritas no prontuário que é um instrumento de fé pública, sendo que no direito comum existe presunção de veracidade dos dados nele escritos. Portanto, não importa a extensão dos procedimentos (se a administração de uma medicação oral, em um extremo, ou um procedimento cirúrgico

³² Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

com circulação extracorpórea, no outro) todos devem ser apresentados, de forma individualizada, considerando as características próprias de cada paciente. Essas informações dificilmente podem ser padronizadas em formulário único de consentimento informado. Todos os procedimentos, mesmo os menos complexos, como a passagem de sonda vesical, as transfusões sanguíneas, a cateterização vascular, devem ser informados e esclarecidos, com vistas à obtenção de consentimento, sem necessitar, contudo, de assinaturas (PESTANA et al, 2004).

7.3 ATUAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE

Podemos dividir esta participação em duas, uma passiva e outra ativa. Uma que, muitas vezes, independe de suas ações e outra que está diretamente ligada a elas.

A participação passiva do paciente se refere àqueles ligados ao seu organismo, suas particularidades, as condições subjetivas e genéticas, à idade, ao sexo, aos fatores climáticos e topográficos de seu hábitat, entre outras variáveis que pouco dependem dele. Giostri (2011) ensina que a participação passiva do paciente:

“[...] é representada pela resposta orgânica do paciente, estando intimamente relacionada e ligada ao fator álea, caracterizado pelas reações individualizadas de cada paciente, frente a um mesmo tratamento, seja clínico ou cirúrgico”.

E a participação ativa do paciente, são as inúmeras atitudes que devem ser adotadas pelo paciente, tais como no momento da anamnese, informações corretas e mais claras possíveis dos sintomas apresentados, já que dependerá deste relato as medidas diagnósticas, terapêuticas e medicamentosas a serem adotadas pelo médico. Incluem ainda as atitudes e comportamento do paciente em seguir todas as orientações médicas, como por exemplo, fazer uso correto dos medicamentos prescritos, seguir restrições alimentares ou de mobilidade eventualmente indicadas pelo profissional, bem como a orientação de retorno solicitado.

Face ao exposto, não há que se falar em erro médico, caso o evento adverso tenha se dado em razão de defeituosa ou omissa participação do paciente. Fabrício Zamproga Matiello (2006) ressalta:

“Há que se reservar a oportunidade de afastamento da imputação através da demonstração de que exatamente o maior interessado na recuperação deixou de atender às prescrições do profissional, descurando na recomendação de imobilidade, furtando-se à ingestão dos remédios indispensáveis, sonegando informações ou, de qualquer modo, causando o dano contra si mesmo”.

No mesmo raciocínio, Genival Veloso de França (2010) corretamente, ousa dizer que, “igual aos médicos, os pacientes têm obrigação de meios, contribuindo para a obtenção de um bom resultado em favor de sua vida e de sua saúde”. E continua descrevendo os deveres do paciente:

“Na obrigação do paciente deve-se incluir o fiel cumprimento da prescrição quanto à dosagem, ao horário e ao tempo de medicação, as medidas e os cuidados recomendados, a dieta prescrita e a orientação tanto na sua duração como na forma de internamento”.

E conclui invocando o art. 945 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002): “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. O que reduzirá ou eliminará a indenização requerida quando ocorrer a participação parcial ou total culpa do paciente no evento danoso.

Uma peculiaridade da profissão veterinária é o a intervenção indireta sobre o paciente (animal) que atua com base na anamnese colhida por outrem, e que depende da cumplicidade do tutor nos tratamentos recomendados. Isso exige do clínico uma atenção maior e cautela, pois a percepção do tutor do animal pode ser diferente do veterinário, uma vez que, na maioria são interpretações subjetivas que podem dificultar um diagnóstico mais preciso.

8 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO VETERINÁRIO

A medicina veterinária apresenta características semelhantes à atuação de um médico humano, enfrentando as mesmas variáveis fisiológicas, e mais, se envolvendo com diferentes espécies biológicas e totalmente dependente de tutores para auxiliar na anamnese e no tratamento dos enfermos.

Na mesma linha da atuação médica, Bernardi (2011):

“O serviço médico é uma atividade oferecida por um prestador de serviço. No entanto, não se compara às demais por vários motivos: entre os quais, pela participação e atuação do próprio paciente no que tange ao sucesso ou insucesso do tratamento. Ou ainda pelo caráter não exato da ciência médica, que se mostra limitada ao âmbito do conhecimento. Ou, pela própria peculiaridade e resposta diversa apresentada por cada organismo humano, ainda que se lhe apliquem tratamentos uniformes. Por estes e outros inúmeros motivos, acredita-se que o serviço prestado por este profissional liberal deve ser analisado de forma ímpar, para a apuração de sua responsabilidade na esfera cível”.

8.1 INTRODUÇÃO

O art. 927 do Código Civil³³ (BRASIL, 2002), é claro quando aponta a culpa como o requisito para fazer nascer a obrigação de reparar o dano em casos em que alguém, por ato ilícito, causar dano a outrem. E mais, em algumas situações independe da culpa se autor do dano exercer atividade que por sua natureza gerar risco para direito de outrem.

Este é o princípio geral da responsabilidade civil para aqueles que provoquem danos à terceiros, mas no exercício da medicina veterinária, algumas particularidades são apontadas no ordenamento jurídico. Entre elas a atuação em relação ao Código do Consumidor (BRASIL, 1990).

Natureza jurídica da responsabilidade médica veterinária pode ser contratual ou extracontratual.

³³ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Independentes do tipo da responsabilidade civil, são necessários os pressupostos que ensejam o dever de indenizar, ou seja, o ato ilícito, dano e nexo causal. Se a responsabilidade é subjetiva, a culpa deve ser demonstrada, independente de um contrato ou não.

A importância da conceituação contratual ou extracontratual relaciona-se basicamente com a matéria de prova, onde nas hipóteses da contratual, caberá ao credor apenas demonstrar o inadimplemento do devedor descrito no contrato e este provar alguma excludente de responsabilidade. Enquanto na responsabilidade extracontratual caberá a o lesado provar o comportamento culposos do agente e outras hipóteses do dano e nexo de causalidade.

O ilícito extracontratual é a violação de um dever jurídico expresso em lei, ao contrário do ilícito contratual que se constitui em uma transgressão de um dever jurídico convencionado pelas partes num negócio jurídico (contrato).

Na hipótese de responsabilidade contratual, ensina Sílvio Rodrigues (2003): "[...] antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e o seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção".

O causador do dano responderá conforme determina o artigo 389 do Código Civil (BRASIL, 2002) ao dispor que "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos [...]".

Da mesma forma, nos casos de excludentes fica isento da obrigação de reparar o dano, conforme o artigo 393 do Código Civil (BRASIL, 2002) que determina que "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado".

A natureza jurídica da responsabilidade médica será contratual quando derivada de um contrato, normalmente tácito, livremente formado entre paciente e profissional em âmbito da medicina privada em que o profissional é livremente escolhido e remunerado pelo interessado; será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Ainda na relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde

pública, e o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados (AGUIAR JUNIOR, 2000).

Complementando, Silvio Rodrigues (2003) ressalva:

“Na hipótese da responsabilidade aquiliana (extracontratual), nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar”.

Sílvio de Salvo Venosa (2003) explica que:

“O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação do Lex Aquilia o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem de responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade”.

Destarte será extracontratual quando as circunstâncias e peculiaridades do caso modificarem a natureza da responsabilidade médica, sem a existência de um contrato. Nesses casos, é incumbindo ao médico veterinário o dever de prestar assistência, como nos casos de serviço prestado facultativamente e de forma espontânea sem a vontade do tutor do animal, durante a emergência, em casos de o atropelante socorrer o animal. Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico por intermédio do serviço público patrocinado pelo órgão público nos casos de campanha de castrações.

Reside a diferença entre essas duas modalidades de responsabilidade na prova do fato que é atribuída às partes. Na responsabilidade contratual, basta a vítima provar a existência do contrato, o inadimplemento e o dano com o respectivo nexo de causalidade, incumbindo ao médico veterinário demonstrar que o dano não ocorreu por sua culpa, mas sim por causa estranha a ele. Já na responsabilidade extracontratual, a vítima deve provar o dano, o fato imputado e ainda a culpa, consubstanciada na negligência, imprudência ou imperícia do veterinário, pois do contrário não haverá responsabilidade. Existe no caso de responsabilidade contratual uma certa presunção de culpa, invertendo o ônus da prova que passa a ser do

prestador de serviço, todavia não é pacífico esse entendimento. Importante esclarecer que tal classificação só é relevante no que diz respeito ao tipo de obrigação assumida pelo veterinário, se de meio ou de resultado.

9 MEDICINA VETERINÁRIA E O CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Em março de 1991 entrou em vigor a Lei nº 8.078/90, que é mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). A lei chega para regulamentar a relação de consumo entre aquele denominado de consumidor por um produto ou prestação de serviço de fornecedor.

9.1 FORNECEDOR

Fornecedor, conforme conceito estabelecido pelo próprio código art. 3º (BRASIL, 1990):

“É toda pessoa física ou jurídica pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O médico veterinário presta serviço como pessoa física ou jurídica aos tutores como nos casos do médico autônomos ou na forma de estabelecimentos comerciais como hospitais, clínicas, laboratórios, entre outros.

9.2 CONSUMIDOR

Conforme a definição legal da lei, art. 2º (BRASIL, 1990): “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Os tutores são os consumidores por reflexo, pois os animais não são dotados de personalidade jurídica, apesar de serem os pacientes dos veterinários.

Lembrando que nos casos de hospitais, laboratórios e outras especialidades veterinárias, como pessoas jurídicas que “consomem” os serviços veterinários, não são considerados consumidores, uma vez que não utilizam o trabalho veterinário em benefício próprio e sim ofertados para os destinatários finais que são os tutores dos animais.

9.3 SERVIÇO

É tudo o que você paga para ser feito: corte de cabelo, conserto de carro, de eletrodoméstico, serviço bancário, serviço de seguros, serviços públicos.

O conceito é explícito no art. 3º § 2º (BRASIL, 1990):

”Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

9.4 NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS VETERINÁRIOS

As duas modalidades de obrigações apontadas pelo jurista francês René Demogue em sua obra clássica *Droit des Obligations*, são das mais exploradas nos estudos da relação de consumo; o autor classificou as obrigações quanto ao seu conteúdo, em obrigação de meio e de resultado (GIOSTRI, 2011).

Nas obrigações de meio o devedor se compromete apenas a desempenhar sua obrigação de forma diligente e contenciosa, usando de todos os meios possíveis ao melhor desempenho de sua tarefa. Ao passo que, na obrigação de resultado, o devedor se obriga a realizar uma prestação predeterminada, ou seja, vinculada a um resultado esperado.

LOPEZ (1999):

“[...] o devedor, ao contrário, obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou deverá arcar com as consequências”. E conclui: “Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade”.

Assim sendo, o profissional médico veterinário é um prestador de serviço médico cujo destinatário são os animais. Desta feita, o proprietário do animal é o consumidor para quem se presta um serviço destinado ao paciente animal; o

veterinário, o fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços médicos veterinários; e o ato médico, uma atividade exercida mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício.

9.5 EXERCÍCIO DA MEDICINA VETERINÁRIA PERANTE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90 (BRASIL, 1990) predomina a responsabilidade civil objetiva. Dessa forma, no âmbito das relações de consumo, os lineamentos da responsabilidade objetiva foram logo acolhidos e denominados "responsabilidade pelo fato do produto", não interessava investigar a conduta do fornecedor de bens ou serviços, mas somente se deu causa (responsabilidade causal) ao produto ou serviço, sendo responsável pela sua colocação no mercado de consumo.

Portanto, o fornecedor de produtos e serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos ou vícios de inadequação dos produtos ou serviços postos em circulação no mercado de consumo.

No entanto, na seara das relações de consumo, constata-se também a presença da responsabilidade civil subjetiva, muito embora esteja relacionada a apenas uma única hipótese: a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), em seu art. 14, consagra a responsabilidade objetiva aos fornecedores de produtos e serviços defeituosos, que causem danos aos seus consumidores, do seguinte modo:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Entretanto, o parágrafo 4º está ressalvado uma exceção a esta grande regra da proteção ao consumidor, atribuindo aos profissionais liberais o sistema tradicional baseado na culpa, nos seguintes termos: “§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Fica bastante claro que a responsabilidade do médico veterinário perante o código de defesa será por verificação de culpa, ou seja, por negligência, imperícia ou imprudência.

9.6 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Admite-se a inversão do ônus da prova com base no Código do Consumidor, o que veio a ser reforçado pelo novo Código de Processo Civil (BRASIL 2015), que abrigou a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. Esta permite reconfiguração do ônus da prova diante da fragilidade do paciente em certos casos, conforme art. 373, § 1º, do CPC (BRASIL, 2015):

“Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Nesta forma, com a inversão, o médico deverá demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Essa tese é albergada pelo Superior Tribunal de Justiça³⁴.

No direito de consumidor, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) é utilizado de forma complementar, de modo que a inversão do ônus da prova é um instituto de exceção do direito processual civil que exige a comprovação de todas as alegações para que sejam valoradas juridicamente. Assim, o Código de Processo Civil estabelece no art. 373 (BRASIL, 2015):

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

³⁴ AgRg no Ag 969015/SC, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 07.04.2011, DJe 28/04/2011 e REsp 696284/RJ, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 03.12.2009.

II - Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

O art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), é explícito ao descrever que cabe a prova a quem alegar, portanto o autor ou réu. O autor deve provar os fatos trazidos na petição inicial, enquanto ao réu cabe provar que não merecem sustentação as alegações do autor. Todavia, o novo Código de Processo Civil, no §1º, do art. 373, permite expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo julgador no caso da impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. E no caso de reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, cabe ensejar o art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Assim prescreve o art. 4º, inciso I:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

As provas produzidas deverão ser conduzidas de acordo com o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), que assim estabelece:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

O artigo supracitado atribui ao julgador decidir pela inversão do ônus da prova caso estejam presentes os requisitos da verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.

Por essa razão, tanto na responsabilidade subjetiva do médico como na responsabilidade objetiva das clínicas e hospitais públicos e privados, deferida a inversão do ônus da prova, caberá ao réu demonstrar a inocorrência do fato culposo (nos casos de responsabilidade subjetiva), ou nas outras hipóteses, a inexistência do defeito do produto ou do serviço, do dano ou do nexo de causalidade entre um e outro.

Na prática, cabe ao magistrado, com base em sua experiência judicante, *ex officio* ou a requerimento da parte, inverter o ônus da prova. Para tanto, basta a ocorrência de uma das causas, verossimilhança ou hipossuficiência, não sendo necessária a ocorrência simultânea. A verossimilhança é a plausibilidade das alegações trazidas pelo autor, de modo que sejam provavelmente verdadeiras diante das circunstâncias concretas e demais fatos alocados nos autos. No que tange a hipossuficiência do consumidor, não podemos somente levar em consideração a situação econômica. Também deve ser anotado o desequilíbrio processual resultante da carência de informação técnicas por parte do consumidor, fruto de fatores econômicos, sociais e/ou culturais, hábeis a interferir na produção das provas pertinentes.

Giostri (2010) em poucas palavras descreve: “[...] Enquanto na obrigação de meio este ônus cabe ao credor, na de resultado vai ocorrer a inversão de tal ônus, deslocando-se, portanto, para a pessoa do devedor”.

10 O ERRO MÉDICO VETERINÁRIO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

O erro médico veterinário é o dano provocado ao paciente animal, resultante da conduta de ação ou inação do veterinário, sem a intenção de produzi-lo, mas que decorre da atuação profissional atípica, irregular ou inadequada, como a negligência, imprudência e imperícia.

Ocorrendo o erro, no exercício de atividade profissional veterinário, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do animal, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho, aplicar-se a indenização, conforme Art. 951.CC (BRASIL, 2002)³⁵.

Mas o Código do Consumidor, Lei nº 8078/90 (BRASIL, 1990) aponta a exceção quando da relação de consumo do veterinário, sendo que o dever de reparação passa a ser da seguinte forma:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

E continua, “§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

O parágrafo 4º esclarece que o médico veterinário, enquanto prestador de serviço profissional liberal será verificado a responsabilidade mediante a negligência, imprudência e imperícia.

10.1 O DANO VETERINÁRIO

O dano como objeto principal da responsabilidade civil na medicina veterinária é a lesão do bem jurídico, no caso em questão o animal. Mas, há uma peculiaridade quando se trata do dano em animal, pois de forma reflexa atinge também o proprietário daquele. Deparamos com uma situação em que o bem jurídico (animal) notadamente

³⁵ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

reconhecido como “coisa” no direito civil, mas que concomitantemente é considerado um ser “senciente” (MOLENTO, 2007; LUNA 2008).

A principal atenção deste trabalho é voltada à relação de consumo entre a prestação de serviço do profissional veterinário e o seu paciente animal, e não tem o condão de discutir as questões jurídicas relacionadas ao bem-estar que trata-se de um tema diferente deste fim.

10.2 O BEM JURÍDICO ANIMAL NO DIREITO CIVIL

Em meio à polêmica discussão das questões dos animais como sujeitos de direito (RODRIGUES, 2009; SINGER, 2002; DIAS, 2006) neste trabalho logrou-se pela consideração do tratamento vigente no Código Civil Brasileiro como animal sendo “coisa”. Embora a jurisprudência inicia-se uma batalha acirrada pelo reconhecimento do sujeito de direito, a legislação pátria ainda não expressou neste sentido.

O tratamento jurídico dado aos animais pelo Código Civil vigente ainda os considera como coisa fungível e semovente nos casos em que possuem “proprietário” e no caso dos que não possuam, ou seja, tidos como *res nullius* (coisa de ninguém), tornam-se sujeitos à apropriação de qualquer pessoa, podendo fazer o que quiser, nos limites do direito, com o “objeto” apropriado (SANTANA, 2006).

O Código Civil (BRASIL, 2002) trata os animais como objeto, conforme o artigo 82 conceitua sobre os bens móveis, o art. 936 expressa acerca da responsabilidade civil sobre o dano causado pelo animal e o art. 1.263 sobre a aquisição da propriedade, coisa sem dono, *in verbis*:

“Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 1.263. Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei”.

É importante salientar que a má prestação de serviço ao paciente animal decorrente do dolo que resulta em maus-tratos aos animais, envolve sobretudo um processo criminal, sem prejuízo de aplicação de outras legislações.

10.3 NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS VETERINÁRIOS

Da mesma forma dos médicos humanos, onde a natureza é controvertida entre os doutrinadores, assim também aos veterinários.

A grande maioria, senão todos, os veterinários atuam em área de obrigação de meio, que visa a melhora do animal enfermo sem a garantia de êxito no restabelecimento total do paciente, pois fatores alheios a sua intervenção podem interferir no procedimento adotado pelo profissional.

10.3.1 Obrigação de meio

Escreve Humberto Theodoro Júnior (2010), nestes termos:

“Já na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo. O objeto do contrato limita-se à referida atividade, de modo que o devedor tem de empenhar-se na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com zelo e de acordo com a técnica própria de sua função; a frustração, porém, do objetivo visado não configura inadimplemento, com seus consectários jurídicos, quando a atividade devida for mal desempenhada. É o que se passa, em princípio, com a generalidade dos contratos de prestação de serviços, já que o obreiro põe sua força física ou intelectual à disposição do tomador de seus serviços sem se comprometer com o resultado final visado por este”.

Wanderlei Lacerda Panasco (1984) entende que se os “seus meios e sua atividade não atingirem o resultado da cura, não descumpriu um contrato”.

Este é o entendimento de Sílvia de Salvo Venosa (2003):

“[...] obrigações de meio, deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação. [...] Nas obrigações de meio, por outro lado, o descumprimento deve ser examinado na conduta do devedor, de modo que a culpa não pode ser presumida, incumbindo ao credor prová-lo cabalmente”.

Nas obrigações de meio a determinação do descumprimento da prestação é mais complicada, já que é difícil determinar a própria prestação, pois o médico não está obrigado à realização de um fim determinado e específico, mas sim a realização de atividade com um fim que nem sempre está ao seu alcance.

Desta feita, quando da obrigação de meio, o paciente deverá comprovar a culpa, ou seja, negligente, imprudente ou imperícia do médico, independente da responsabilidade ser contratual ou extracontratual.

Em geral, a atividade do médico, do advogado, dentista, médico veterinário, são consideradas obrigações de meio, visto que apesar de lhe serem exigidos que atuem da melhor maneira possível e de acordo com as regras técnicas e científicas adequadas, tais profissionais, pela natureza de suas profissões, não podem garantir o resultado pretendido por seu contratante.

Ao médico veterinário não é exigido a cura das enfermidades que acometem os seus pacientes, mas há um dever de cuidado, o empenho, a cautela, esforço na utilização de técnicas disponíveis e aquelas que estão no limite das possibilidades dos tutores dos pacientes. Importante apontar que cabe ao veterinário a solicitação de exames e outros meios para diagnóstico e tratamento, limitando às condições do proprietário para então prosseguir ao atendimento. Nas hipóteses de sua impossibilidade, importante deixar claro que o profissional foi ceifado de analisar outros elementos que poderiam auxiliar num diagnóstico mais preciso.

Não há como o veterinário prometer uma cura ou recuperação do enfermo, por mais que se tenha a larga experiência naquele assunto em tratamento, sob pena de responsabilizar-se por um resultado inesperado.

Em relação à natureza da responsabilidade médica estética, Maria Helena Diniz (2003) afirma que:

“A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, pôr não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas”.

10.3.1.1 Responsabilidade dos médicos veterinários – obrigação de meio – ônus da prova é do paciente.

Os veterinários, ao assumirem um tratamento, fazem o compromisso de aplicar todo o esforço, o conhecimento e a dedicação possíveis para a obtenção do melhor resultado. Mas não se comprometem a atingir, necessariamente, o resultado esperado pelo tutor. Um cirurgião veterinário tem o compromisso máximo de se dedicar com a maior competência possível, mas não pode garantir, com absoluta certeza, de que tudo resultará conforme se espera.

Importante salientar que por conta desta característica, não há necessidade de um veterinário aguardar total restabelecimento do animal para que tenha direito aos honorários profissionais, bastando-se que haja o devido atendimento. O pagamento pelos serviços não implica, necessariamente, garantia do sucesso empreendido e nem mesmo o reconhecimento de uma provável culpa ocasionado pelo insucesso de um tratamento.

Como regra geral, a obrigação do médico veterinário é de meio, e por essas razões, incumbe ao tutor comprovar que o veterinário não agiu com diligência que se esperava, ou seja, o ônus da prova da inexecução obrigacional é parte do tutor em face do devedor (veterinário), quer seja na conduta culposa "*lato sensu*", e incluindo o dolo e culpa "*stricto sensu*" (negligência, imprudência ou imperícia), pois o simples não alcance do resultado não é rotulado como inadimplemento, sendo necessária a prova da culpa para ter direito a reparação.

10.3.2 Obrigação de resultado

Na obrigação de resultado, o devedor deve sempre atingir o resultado almejado, sendo que somente assim terá o contrato executado.

Assim afirma Teresa Ancona Lopez de Magalhães (2004):

“Na obrigação de resultado, o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação; ou consegue o resultado avençado, ou deve arcar com as consequências. Como exemplos há os contratos de transporte, de empreitada etc. Em outras palavras, na obrigação de meio a finalidade

é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade”.

Em algumas atividades médicas, como a medicina estética, o profissional oferece a seu paciente a garantia de obter determinados resultados. Neste sentido, Maria Helena Diniz (2003) em relação à natureza da responsabilidade médica estética afirma que:

“A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas”.

A obrigação de resultado, sendo encontrada na área médica em menor escala, apenas em casos de cirurgias plásticas estéticas e, para alguns doutrinadores, em casos de anestesia, o médico deverá cumprir a obrigação atendendo ao pretendido pelo paciente (STOCO, 1995).

Ainda, Stoco (1995):

“[...] na obrigação de resultado o devedor, ao contrário, obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou deverá arcar com as consequências. É o que se dá, pôr exemplo, no contrato de empreitada, transporte e no de cirurgia estritamente estética ou cosmetológica [...] o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns utilizam-se mesmo de programas de computador que projetam a nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas, etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. Estabelece-se, sem dúvida, entre médico e paciente a relação contratual de resultado que deve ser honrada”.

Corroborando a mesma ideia o julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, da 14ª Câmara Cível, em 17/01/2013:

“Ementa: indenização - danos morais - erro médico - não comprovação - danos morais indevidos - sentença mantida.

Excetuando-se as cirurgias estéticas, a responsabilidade do médico caracteriza-se como de meio, obrigando-se a utilizar corretamente as técnicas e métodos indicados para o tratamento ou cirurgia, e não pelo resultado final. A obrigação de reparar por erro médico exige a comprovação de ter ocorrido imperícia, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade entre a conduta médica e as consequências lesivas à saúde do paciente”³⁶.

Importante determinar a diferença entre atividade médica estética ou de embelezamento com atividade reparadora, este que tem como objetivo corrigir uma lesão pré-existente, enquanto na estética, o paciente é saudável e sem doenças.

Polêmica é a definição da natureza jurídica da cirurgia estética ou corretiva, quando o paciente é saudável e pretende apenas melhorar a sua aparência; diferente da cirurgia reparadora, que corrige lesões congênitas ou adquiridas (CHAVES, 1991).

Cabe a reflexão quanto a obrigação de resultado na medicina estética no campo veterinária. Neste caso, o próprio Conselho Federal de Medicina Veterinária proibiu as cirurgias consideradas desnecessárias, como as de fins estéticos, ou que possam impedir a capacidade de expressão do comportamento natural da espécie, como as conchectomia, corpectomia e caudectomia em cães e, onicectomia em felinos, sendo permitidas apenas as cirurgias que atendam as indicações clínicas, conforme a Resolução nº 877³⁷, de 15 de fevereiro de 2008 e Resolução nº 1027³⁸, de 18 de junho de 2013.

Oportuno ainda relatar que a Lei do Meio Ambiente, Lei nº 9605/98 (BRASIL, 1998) no seu artigo 32, veda conduta de mutilação em animais silvestres, domésticos

³⁶ Apelação cível nº 1.0879.08.000089-3/001 - comarca de Carmópolis de Minas - apelante(s): m.f.r.s. representado(a)(s) p/ pai(s) m.r.s. - apelado(a)(s): Afrânio Baeta Viana (Minas Gerais). Tribunal de Justiça.

³⁷ Dispõe sobre os procedimentos cirúrgicos em animais de produção e em animais silvestres; e cirurgias mutilantes em pequenos animais e dá outras providências.

³⁸ Altera a redação do §1º, artigo 7º, e revoga o §2º, artigo 7º, ambos da Resolução nº 877, de 15 de fevereiro de 2008, e revoga o artigo 1º da Resolução nº 793, de 4 de abril de 2005.

ou domesticados, nativos ou exóticos, sob pena de detenção, de três meses a um ano, e multa³⁹.

Portanto, resta anunciar que a atividade veterinária na sua grande maioria labuta na obrigação de meios.

Ao contrário, devemos citar que algumas decisões dos tribunais podem entender de outra forma como foi o caso da vasectomia de um cão, conforme Acórdão do TJRJ - AC 3871/96 - (Reg. 101097) - Cód. 96.001.03871 - 9ª Câmara Cível. - Relator Desembargador: Elmo Arueira - J. 25.09.1996:

“Profissional que foi condenado a responder por falha técnica no caso de vasectomia em cão de raça, executada sem sucesso, permanecendo o animal apto à reprodução. No caso, a obrigação foi considerada de resultado”.

Não poderia ser descartada, conforme entendimento anterior, a possibilidade de os tribunais entenderem que a esterilização seria também uma obrigação de resultado como meio de evitar a concepção⁴⁰. Não estaria incluído o desfecho em óbito em caso decorrente da anestesia, pois este não seria relacionado com a contracepção.

Marcos Vinicius Coltri (2010) explica:

“Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual-vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar a culpa do profissional”.

O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2003) explica que na obrigação de resultado “o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim

³⁹ Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de Rio de Janeiro. Ac. 3871/96 – (Reg. 101097) – Cód. 96.001.03871-9º C.C – Relator Desembargador Elmo Arueira – J. 25.09.1996.

a obrigação será tida como cumprida”. Afirma ainda que na obrigação de resultado “a inexecução implica falta contratual, dizendo-se que existe, em linhas gerais, presunção de culpa, ou melhor, a culpa é irrelevante na presença do descumprimento contratual”.

Nas obrigações cujo contrato determinado como de resultado, basta que o resultado avençado não seja atingido para que o credor reivindique uma indenização. Cabendo ao devedor, como única forma de se eximir de indenizar, a prova de que não alcançou o resultado pretendido por força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

Teresa Ancona Lopez de Magalhães (1984) pondera:

"[...] na verdade, quando alguém, que está muito bem de saúde procura um médico somente para melhorar algum aspecto seu, que considera desagradável, quer exatamente esse resultado, não apenas que aquele profissional desempenhe seu trabalho com diligência e conhecimento científico, caso contrário, não adiantaria arriscar-se e gastar dinheiro por nada. Em outras palavras, ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristeza".

Nas palavras de Caio Mário (1995):

“Com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente, que procura tratamento, e o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de consegui-lo não deve efetuar a intervenção. Em consequência recrudescer o dever de informação bem como a obrigação de vigilância, cumprindo, mesmo ao médico recusar seu serviço, se os riscos da cirurgia são desproporcionais às vantagens previsíveis”.

Alinhada ao anterior, Kfoury Neto (2010):

“Embora no Brasil seja atribuída a responsabilidade subjetiva aos profissionais da saúde, existem ainda algumas especialidades para as quais se atribui a responsabilidade objetiva, aquela que independe da verificação de culpa. São estas as especialidades: a cirurgia plástica estética, os anestesiistas, os exames laboratoriais, os hospitais e clínicas. Para estes profissionais e instituições, portanto, presume-se a culpa”.

Há quem defenda a discussão da responsabilidade civil obrigacional do cirurgião plástico, já que em muitos países, como por exemplo, a França, este dilema encontra-se pacificado há mais de três décadas. Como relata o jurista francês Penneau (1977):

“La jurisprudence a admis, avec sans doute une certaine hésitation, que l’obligation du chirurgien esthétique n’était pas fondamentalement différente de l’obligation de tout autre chirurgien, en raison de l’aléa inherent à tout acte chirurgical”.

Ruy Rosado de Aguiar (2000): sobre o atual posicionamento da França, acerca da responsabilidade civil do cirurgião plástico:

A orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, defende que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea.

No Brasil, o posicionamento que tem prevalecido no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Civil. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Indenização. Dano material e dano moral. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação,

tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito”.⁴¹

“Responsabilidade civil. Cirurgia estética. Não ofende a lei o acórdão que atribui ao médico a responsabilidade pelos danos causados à paciente, por ter assumido o risco de realizar operação de resultado absolutamente inconfiável. Recurso não conhecido”.⁴²

10.3.2.1 Responsabilidade dos médicos veterinários – obrigação de resultado– ônus da prova é do veterinário que precisa provar que não houve culpa.

Importa ratificar que a regra é a prestação do serviço veterinário cuja obrigação é de meio e para algumas áreas específicas, por definição da jurisprudência, eventualmente destinadas a obrigação de resultado.

Nas obrigações de resultado, a jurisprudência vem entendendo que, quando o resultado prometido não é alcançado, consolida uma “presunção de culpa” e assim ocorre inversão automática do ônus da prova, cabendo ao médico provar que o resultado não foi alcançado por circunstâncias alheias a sua conduta, como por exemplo, a culpa exclusiva do tutor que não seguiu corretamente as orientações do profissional. Neste tipo de obrigação, caberá ao paciente somente comprovar a não obtenção do resultado, assim a culpa do profissional será presumida, restando ao veterinário a prova negativa que não atuou culposamente.

Cumprir consignar neste tópico, que a conduta do tutor pode interferir no sucesso no resultado, um bom tratamento veterinário depende diretamente da aplicação e atuação do tutor frente a sua recomendação médicas. É difícil ao prestador de serviço veterinário fazer prova da desídia do responsável que ficou encarregado de cuidar do animal enfermo.

Muitos entendem que não se podem ser responsabilizados fatores que dependem das atuações alheias ao seu proceder, mesmo porque muitas vezes não há explicação técnica científica para determinados casos. Em qualquer ramo da área biológica há muitas possibilidades de intercorrências que estão além da compreensão

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. RESP. nº 10536. Relator: Dias Trindade. Data de julgamento: 21.06.1991. DJ de 19.08.1991, p. 10993.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. RESP. nº 10536. Relator: Ruy Rosado Aguiar. Data de julgamento: 28.08.2001. DJ de 29.10.2001, p. 212.

da própria ciência, havendo ainda, aquelas que mesmo compreendidas, previsíveis, mas que são inevitáveis, conforme já aludidas anteriormente.

Desta feita, a recomendação é municiar-se de comprovantes de solicitações de exames, receituários e, dependendo das circunstâncias, extrair imagens fotográficas do estado do paciente em que se encontrava antes da intervenção. Na impossibilidade de não fazer provas sobre a atuação do tutor (culpa exclusiva da vítima), faz-se necessário o cuidado, ao menos, provar que o profissional atuou dentro das recomendações da medicina e que também poderia eventualmente ser decorrente da culpa exclusiva de terceiro, força maior ou ainda um caso fortuito.

10.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ANESTESISTA VETERINÁRIA

A respeito da responsabilidade atribuída ao anestesta, deve-se informar que sua atividade ocorre em três fases e, segundo Kfoury Neto (2010): “[...] ele está obrigado a acompanhar o paciente durante a totalidade do procedimento cirúrgico e, realizado este, até que se encontre plenamente recuperado dos efeitos gerados pela anestesia”.

De acordo com Tepedino (2002):

“[...] pré-operatória, quando procede seu diagnóstico, em que avalia o risco anestésico, em face dos exames clínicos do paciente a fase operatória, em que ministra os anestésicos e controla os seus efeitos, de acordo com a evolução da intervenção cirúrgica; e a pós-operatória, momento em que deve monitorar a recuperação dos sentidos do paciente, verificando a temperatura, oxigenação, pressão arterial, etc”

Para Kfoury Neto (2010), “A especialidade de anestesta independe da verificação da culpa, pois é atribuída a responsabilidade objetiva, presumindo-se a culpa”.

Defensor da obrigação de resultado há Nehemias Domingos de Melo (2014) que afirma:

“A responsabilidade civil do médico anestesista enseja uma obrigação de resultado, mediante a qual profissional se compromete com o anestesia o paciente, retirando-lhe a dor e fazendo-o dormir e,

após a intervenção cirúrgica, reanimá-lo trazendo-o de volta às condições normais, sem deixar sequelas, pouco importando o procedimento empregado”.

A corrente majoritária caminha defendendo que o anestesista cumpre uma obrigação de meio.

O risco que está submetido o anestesista e seu paciente não são diferentes das demais situações enfrentadas pela medicina, razão pela qual não deixa de ser uma obrigação de meios, ainda que se imponha ao profissional alguns cuidados especiais na preparação do paciente e na escolha do anestésico (AGUIAR JÚNIOR, 2000).

É preciso entender que a função do anesthesiologista não é apenas fazer o paciente "dormir" e em seguida "acordá-lo". Depois, não o fazer dormir e acordar podem constituir ocorrências insuperáveis, embora raras, mas independentes da vontade e do saber do especialista, ligadas às condições fisiológicas e patológicas do paciente e decorrentes da própria limitação da sua ciência. Ainda mais quando foram empregados todos os cuidados pré-anestésicos e solicitados todos os exames necessários. O anesthesiologista não tem como prever muitos dos resultados, pois eles são também oriundos das condições multifatoriais do organismo humano. Acrescente-se a tudo isso o fato de ser a anesthesiologia considerada por muitos como a primeira das especialidades de alto risco, porque todos os seus instantes são críticos, são complexos e são difíceis (FRANÇA, 1998)

De maneira magistral a doutrinadora Hildegard (2004), conclui,

“A nosso ver deveria ser óbvio que, quando a prestação obrigacional se desenvolvesse em um campo aleatório, sua conceituação deveria situar-se dentro da categoria de uma obrigação de meio, já que não seria razoável garantir um resultado em seara onde o fator álea estivesse presente, o que, conseqüentemente, propiciaria algo imprevisível”.

Assim sendo, torna-se imperativo reproduzir parte do texto da Revista Argentina de Anesthesiologia (1995), citado por Hildegard Giostri (2010) sobre o risco anestésico:

“I) O anesthesiologista administra de forma pessoal e em um período de tempo muito breve (desde minutos até algumas horas) o maior número de drogas que qualquer outro médico.

II) Nenhum outro médico enfrenta tão frequentemente, de forma direta e pessoal, quadros de hipotensão arterial.

III) Nenhum outro médico enfrenta tão frequentemente e resolve de forma direta e pessoal, a parada respiratória, seja induzida ou não.

IV) Em nenhuma outra especialidade o médico produz, necessariamente, situações para a desestabilização e obstrução da via aérea superior.

V) Nenhuma outra especialidade médica utiliza tantas drogas com tão alta potencialidade letal intrínseca.

VI) Nenhuma outra especialidade assume a responsabilidade de resolver situações vinculadas com a atividade de outros profissionais (cirurgiões, especialistas em diagnósticos por imagem, etc.), já que se trata de uma especialidade que não é terapêutica, mas dirigida a auxiliar no sentido que outras especialidades cumpram seus objetivos.

VII) Os anesthesiologistas dispõem de muito pouco tempo para a tomada de decisões críticas e esta situação não só é produto de situações de emergência, como pode estar afeita aos procedimentos normais no exercício de sua especialidade.

VIII) Pelas circunstâncias apontadas nos parágrafos precedentes, em nenhuma especialidade é imperativo diferenciar prematuramente uma reação normal e esperada a uma droga ou a contingências associadas com a operação e anestesia, de uma reação inesperada ou de uma situação anormal que possa repercutir negativamente no paciente.

IX) Nenhuma outra especialidade deve assimilar, analisar e processar de forma permanente e em um curto espaço de tempo (desde minutos até horas) uma gama tão ampla de dados e informações sobre as condições e a evolução do paciente”.

Sobre essa temática, cabe salientar o que diz a jurisprudência:

“Apelação cível nº 1.0105.08.254921-0/001 j. 24/01/2013 - comarca de Governador Valadares - apelante (s): Murilo Reis Gomes Lima - apelado (a)(s): Edna Rodrigues de Lana, Somas Soc Médica Adm Serviços Ltda.

Ementa: Apelação cível – Ação de indenização – Erro médico não configurado – Improcedência do pedido – Recurso provido. – Infere-se da prova pericial que não houve erro de procedimento, tendo a anestesia sido ministrada entre as vértebras L2 e L3 e, não, na L5/S1, onde se instalou a lesão, **não tendo havido, ainda, imprudência, imperícia ou negligência do anestesista. – Constituindo o contrato de prestação de serviços médicos uma obrigação de meio e, não, de resultado,** bem como restando demonstrado nos autos que não houve erro médico, não há que se falar em responsabilidade civil dos requeridos, sendo a improcedência dos pedidos medida que se impõe. – Recurso provido. V.V. indenização – cirurgia de laqueadura de trompas – falha na e morais sofridos. – os danos morais restaram presentes, haja anestesia – comprovada – sequela na perna direita – existência – limitação funcional – demonstrada – indenização por danos materiais – cabível – danos morais – configurados – manter valor da reparação. – Havendo nos autos provas documental e testemunhal no sentido de que, em virtude da aplicação inadequada da anestesia, a parte autora teria adquirido lesão após a cirurgia, ficando, inclusive, com limitação funcional na perna direita, surge o direito à reparação dos prejuízos materiais vista o abalo psicológico suportado pela parte autora, em razão das sequelas visíveis e permanentes sofridas, devendo ser mantida a indenização fixada na sentença. – O valor da indenização deve ser fixado com prudência, segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se apto a reparar, adequadamente, o

dano suportado pelo ofendido, servindo, ainda, como meio de impedir que o condenado reitere a conduta ilícita. (grifo nosso)".

Cabem as considerações relatadas para a aplicação na anestesiologia veterinária, lembrando que não há como esquivar-se de toda complexidade que envolve o ato anestésico, acrescida da subjetividade do organismo animal. Fator este que pode comprometer todo o cuidado de diligência adotado pelo profissional nas etapas pré, inter e pós-operatório. A reação aleatória de um organismo biológico frente às potentes drogas do ato anestésico é por vezes imprevisíveis mesmo com os exames pré-anestésicos saudáveis.

Diante dos fatos notadamente conhecidos pelos riscos da anestesia veterinária, aliado na doutrina e jurisprudência humana, resta concluir que a responsabilidade daquele seja de meios, ou seja, mediante a negligência, imprudência ou imperícia de quem presta o serviço.

10.5 ERRO DE DIAGNÓSTICO VETERINÁRIO

Na definição da palavra "diagnóstico", segundo dicionário Dicio, significa "determinação de uma doença a partir da descrição de seus sintomas"⁴³.

Diagnosticar, segundo Carvalho (2005):

"[...] em linhas gerais, é o 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".

Diagnóstico, para Ferreira (2000) significa "conhecimento ou determinação duma doença pelos seus sintomas, sinais e/ou exames diversos", ainda "qualificação dada por um médico a uma enfermidade ou estado fisiológico, com base nos sinais que observa".

O erro de diagnóstico consiste, basicamente, na escolha equivocada, inadequada do tratamento à patologia que acomete o paciente.

⁴³ Dicionário Dicio Online. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/diagnóstico>>. Acesso em: 23 set. 2018.

Erro de diagnóstico é o erro de enfermidade que o veterinário chega numa conclusão falsa ou diferente do que de fato é.

Para a corrente majoritária o erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, um erro inaceitável dentro dos padrões comuns. O erro de diagnóstico não pressupõe, necessariamente, a culpa do médico veterinário, já que a ciência médica é incerta, é falível diante das múltiplas reações do organismo animal. Dependendo do caso, haverá controvérsias entre técnicos gerando por vezes uma hipótese de possibilidade diagnóstica.

Semelhantes conclusões para erro de diagnósticos, mencione-se Miguel Kfoury Neto (2003) para dar o conceito da expressão:

“[...] do ponto de vista técnico, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado. O diagnóstico, entretanto, não é uma operação matemática. Às vezes, para se chegar ao diagnóstico correto, torna-se necessária uma agudeza de observação de que nem todo médico é dotado. Por isso, a doutrina, de modo geral, analisa detidamente tal questão”.

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, já que não é detentor deste conhecimento técnico, mas sim se o veterinário teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance, para a investigação do mal.

Na verdade, do ponto de vista legal, o que realmente importa é a análise da culpa ou não do veterinário no exercício de sua função. Portanto, o veterinário que não toma os cuidados exigíveis na conduta diagnóstica, de forma diligente e consciente, certamente incorrerá em responsabilidade civil, como por exemplo, para diagnosticar uma doença se valeu das observâncias às regras técnicas atuais da ciência médica veterinária disponível (exame de sangue, radiografia, ultrassom, eletrocardiograma e outros).

Segundo preleciona Miguel Kfoury Neto (2003), a análise da prova pelo juiz no que se refere ao erro de diagnóstico:

“[...] não deverá se orientar na elucidação de intrincados métodos clínicos ou cirúrgicos e de terapêutica, uma vez que [...] não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais [...]”.

Quando o diagnóstico errôneo e equivocado não gerar dano ao paciente, não há que se responsabilizar o médico, mas se o contrário ocorrer é necessário fazer uma indagação: “à luz da ciência e do avanço tecnológico poderia o profissional obter essa certeza, tendo em vista apoio em exames de laboratório e tantos outros exames postos à disposição?”⁴⁴.

O compromisso do médico veterinário resume-se em prestar sempre um serviço diligente e cuidadoso, de acordo com os recursos técnicos existentes, dos quais se possa utilizar.

Numa enfermidade agravada ou inócua por erro de diagnóstico decorrente da inércia do veterinário de que deveria e poderia ter submetido o seu paciente a esses exames e não o fizera, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso, nesta situação incide a responsabilidade do médico veterinário.

Há considerações em casos de doenças em que os sintomas clínicos são claros e patognomônicos reconhecidamente pela comunidade científica, quando de uma atenciosa anamnese já seriam suficientemente descartados os exames.

Cumprir consignar neste tópico os percalços dos veterinários com relação aos tutores inertes quando então deixam de realizar as solicitações de exames complementares quer por impossibilidades financeiras ou até mesmo por vezes desinteresse pessoal. Age com culpa exclusiva do proprietário, isentando o profissional de uma eventual responsabilidade sobre o diagnóstico e tratamento equivocado.

O erro médico também pode ser concebido como escusável e inescusável conforme Fernanda Schaefer (2010): “O erro escusável é aquele que era inevitável, ou seja, mesmo que o agente tivesse tomado todas as cautelas o dano ocorreria” e o

⁴⁴ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 754 e 755, 2014. ISBN 978-85-203-5636-4.

“erro inescusável é aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado todas as cautelas diversas e necessárias antes de agir é, portanto, evitável”.

10.6 ERRO DE PROCEDIMENTO

Não há responsabilidade do profissional sobre o dano decorrente do ato médico (procedimento) "errôneo" não culposos, ou seja, o erro de procedimento deverá ser de comportamento “culposos” para gerar indenização.

O erro de procedimento está ligado à fase posterior ao diagnóstico, na qual o médico utiliza distintos meios para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor.

Todas as ações em que o médico é condenado, seja pelos Conselhos de Medicina ou pela Justiça, são enquadradas como “erro” culposos. Este se refere aos casos em que o médico, no exercício de sua profissão, prejudicou o paciente, mas sem querer especificamente esse resultado, seja porque não fez o que devia fazer (negligência), seja porque fez o que não devia (imprudência), seja porque fez de forma errada ou equivocadamente o que deveria fazer (imperícia).

Assim, o erro de procedimento ocorre quando o médico, no exercício de sua função, age com negligência, imprudência ou imperícia. A negligência médica é um ato omissivo, caracterizada pela inação, indolência, inércia, passividade. Define-se como sendo a falta de observância aos deveres e cuidados que a situação demanda. O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão do outro, a prática ilegal por estudantes de medicina, a prática ilegal por pessoal técnico e o esquecimento de corpo estranho no paciente, são alguns exemplos de negligência.

Já na imprudência, há culpa comissiva, ou seja, age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas e precipitadas. É o caso do médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora, acarretando dano ao paciente. A imprudência sempre deriva da imperícia que, por sua vez é conceituada como a falta de habilidade para praticar determinados atos (ABATE, 2007).

10.7 HOSPITAIS E DEMAIS PRESTADORES DE SERVIÇOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

Erro médico é o dano atribuído ao profissional da medicina, sendo apurado através da comprovação da culpa, conforme dispõe o artigo 951 do Código Civil (BRASIL, 2002)⁴⁵ e o artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990)⁴⁶. A responsabilidade pessoal do médico, enquanto profissional liberal é subjetiva, apurada mediante a verificação dos elementos culpa (“*strito sensu*”), nexos causal e danos.

O hospital é formado por um conjunto de instalações, aparelhos, instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento da saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sendo a sua responsabilidade objetiva que independe da comprovação da culpa, com relação a todos os serviços que ele presta ao paciente, nos casos que oriundos de *serviços defeituosos*. Porém, se o serviço for prestado sem que haja defeito algum, o hospital não pode ser levado a indenizar o paciente, apesar da existência de dano e de nexos de causalidade. Ex: da infecção hospitalar somente as infecções derivadas de um serviço defeituoso, outros por culpa exclusiva do paciente ou de terceiros, não existirá obrigação de indenizar.

Ensina Rui Stocco (2001):

“A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, por força do art. 932, III, c/c o 933 do Código Civil^{47,48}, por atos de seus empregados e prepostos, é objetiva, enquanto que a responsabilidade do médico, no

⁴⁵ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

⁴⁶ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁴⁷ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

⁴⁸ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

exercício da sua atividade típica é subjetiva, nos termos do art. 14, §4, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁹, e do art. 951 do Código Civil⁵⁰.

O mesmo autor defende que se o médico não for preposto, mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual. (STOCO, 2001).

Dessa forma, essa responsabilidade objetiva do hospital, não ocorre em todos os casos, pois se limita aos prejuízos decorrentes dos serviços prestados pelo hospital ao paciente, que fica na situação de consumidor. Atualmente é comum a contratação de um específico médico que faz o atendimento, a pedido do próprio paciente, a um determinado hospital. A relação neste caso é do médico contratado e o paciente, sendo certo que o estabelecimento hospitalar apenas albergou os dois.

Desta feita, o caso em que a relação de consumo do paciente ocorre apenas com o médico, que termina realizando procedimentos dentro de um hospital, mas não em nome do hospital. Portanto, a definição dos limites da responsabilidade do hospital depende do esclarecimento de sua relação com o paciente. Se o paciente busca diretamente um hospital e este põe a sua disposição os seus médicos, trata-se de um contrato de consumo entre o paciente e o hospital. Todavia, se o paciente busca um obstetra e este contrata os serviços do hospital para a realização de um parto em suas instalações, não existe uma relação direta de prestação de serviços médicos entre o hospital e o paciente (COSTA, 2008). Alerta, porém, o autor, que riscos de um serviço defeituoso por parte de um médico diretamente contratado pelo paciente, nas dependências do hospital, responde este pela culpa de ter permitido o acesso por um médico descompromissado, tornando-o solidariamente responsável pelo pagamento da indenização, porque a lei presume a sua culpa (COSTA, 2008).

⁴⁹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁵⁰ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

O hospital só mantém sua responsabilidade objetiva no que toca aos serviços que ele presta diretamente (equipamentos, hotelaria, segurança), mas não pelo serviço médico propriamente dito, que é de responsabilidade da equipe médica. Nesses casos, o hospital não responde pelos riscos de um serviço defeituoso, mas apenas pela culpa de ter permitido que um médico descompromissado utilizasse suas dependências. Essa responsabilidade é a mesma daquela de uma pessoa que empresta seu carro a outra: ela não responde pelo risco, mas torna-se solidariamente responsável pelo pagamento da indenização, porque a lei presume a sua culpa.

Como a relação médico-paciente ou hospital/paciente é entendida como uma relação de consumo, o juiz pode determinar (e normalmente determina) a inversão do ônus da prova, devendo desta forma para ambos a comprovação da inexistência de culpa ou inexistência de defeito por parte do médico ou hospital, que por vezes, na prática não é fácil de comprovação.

O comentário de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, em seu “Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor” citado por Nehemias Domingos de Melo (2008):

“[...] o Código do Consumidor é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apurada objetivamente”.

No caso do agente causador do dano fazer parte do corpo clínico, como enfermeiros, auxiliares e instrumentadores, a responsabilidade do médico deriva do art. 932, III, do Código Civil (BRASIL, 2002)⁵¹, que prevê a responsabilização do empregador por atos de seus empregados ou prepostos no exercício do seu trabalho, ou em razão dele. Sendo ratificada pela Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

⁵¹ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

No caso da equipe médica, responde o médico chefe, independentemente de culpa própria, pelas falhas da equipe, pois ela está sob sua direção no momento da intervenção cirúrgica, presumindo-se a responsabilidade objetiva do cirurgião-chefe em caso de dano ao paciente. Em outras palavras, são meros prepostos os que cumprem ordens do chefe de equipe.

Desta forma, havendo vínculo empregatício entre médico e hospital, a vítima, provando o dano, pode demandar somente em face deste último, que só terá como se esquivar da obrigação de indenizar, caso comprove uma das excludentes do art. 14, § 3º do CDC (BRASIL, 1990)⁵², já que sua responsabilidade independe de apuração de culpa.

Entretanto, a questão do vínculo empregatício, não se trata de um entendimento unânime. Miguel Kfoury (2002), por exemplo, tem uma opinião contrária a esta maioria e cita em seu livro uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que corrobora seu entendimento, onde o autor e a vítima buscaram indenização, junto ao hospital, sustentando que, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC (BRASIL, 1990)⁵³, não teria a obrigação de provar a culpa do médico, funcionário do nosocômio, pelo dano que sofrera. Colhe-se da ementa:

“Responsabilidade Civil – Hospital – Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade Objetiva – Inadmissibilidade – Hipótese de exercício de profissional liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico – Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo – Art. 14, § 3º do referido código – Recurso não provido. Em ação de indenização contra hospital, ajuizada com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trate de pessoa jurídica, a ela não se aplica a responsabilização objetiva, na medida em que o que se põe

⁵² Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - Que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

⁵³ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

em exame é o próprio trabalho médico. Aplicável, pois, o art. 14, § 4º do referido código⁵⁴.

Extraíndo as experiências judiciais da área humana, os hospitais veterinários, por analogia, podem ser aplicados às responsabilidades conforme já descritas anteriormente. Cabe ainda consignar nos casos de consultórios ou clínicas veterinárias (pessoas jurídicas) cujos proprietários agregam serviços de autônomos como anestesista, ultrassonografia, raio x, e profissionais especializados como oncologista, oftalmologista, acupuntura, laboratórios, e entre outros, fica claro que a responsabilidade é objetiva por parte do estabelecimento, quando houver defeito na prestação, pois é oferecida como um serviço agregado. Ainda, em relação aos demais componentes do estabelecimento que tenha feito a linha de prestação de serviço como auxiliar, tosador, ajudante, e outros, conforme alude Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Apesar de entender que o erro médico veterinário seja apurado através da comprovação da culpa, o consumidor que entende como lesado poderá demandar em face do veterinário ou estabelecimento, sendo este último como responsabilidade objetiva. Cabe senão, a ação regressa do estabelecimento demandado sobre o médico veterinário que o contratou.

⁵⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador: Marcos Cesar, RJTJSP – Lex 141/248.

11 PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Para eximir se do dever de indenizar o médico deve provar causas excludentes de responsabilidade, ou seja, desqualificar um dos elementos ensejadores da responsabilidade civil.

As excludentes de responsabilidade de acordo com o Código do Direito do Consumido (BRASIL, 1990) é ônus de prova do médico.

Há excludentes tipificadas e amplamente utilizadas pelo judiciário. Contudo, há excludentes ainda pouco utilizadas. As excludentes de responsabilidade médica são complexas, não devem ser vistas como excludentes típicas das relações de consumo, ora, a atividade médica possui diversos fatores aleatórios e complexos que merecem maior estudo técnico e científico sobre o assunto (BERNARDES, 2015).

Segundo Hildegard Taggesell Giotri (2011), a responsabilidade médica guia-se pelos mesmos princípios da responsabilidade geral:

“[...] segundo a qual, quem pratica um ato em estado de são consciência e com capacidade de discernimento, com liberdade, intencionalidade, ou seja, com opção de escolha, tem o dever de reparar as consequências danosas do seu proceder”.

Todavia, ao determinar a responsabilidade médica, mister se faz um tipo de cuidado específico, e este diz respeito a uma verificação efetiva se o dano ocorrido foi causado pelo ato do facultativo ou se adveio por evolução natural da enfermidade. Tal diferenciação é de extrema importância, já que evita a confusão entre evolução de um estado patológico (ou de morbidez) do paciente e erro médico (GIOSTRE, 2011).

E a dificuldade da prova na responsabilidade médica, argumenta AGUIAR JÚNIOR (2000):

“São consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa. Em primeiro lugar, porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que se encontra pelas condições próprias da doença, é um leigo, que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar

causa e efeito, nem sequer compreendendo o significado dos termos técnicos”.

Portanto, o juiz deve socorrer-se de todos os meios válidos de provas tais como testemunhas, registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, laudos fornecidos e, principalmente, perícias.

O ônus probatório do paciente, de demonstrar o descumprimento do contrato pelo devedor e prestador dos serviços médicos, segundo Figueiredo Dias et al (1985), limita-se ao dever de:

“[...] provar objetivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato. Dir-se-á que isto é o mais difícil de conseguir. E é. Mas em todo o caso, é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às leis da arte e da ciência médica, ou ter de provar que aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente. A prova de que estas circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de a fazer. Parece, pois justo impor-lhe esse ônus”.

Quando a obrigação é de resultado, cabe ao autor da ação demonstrar o descumprimento do contrato por parte do prestador dos serviços médicos, mediante a prova de que o objetivo proposto não foi alcançado.

12 OBJETIVOS DO TRABALHO

Os objetivos foram divididos em três etapas, sendo a primeira destinada a analisar as solicitações de exames necroscópicos em que os solicitantes suspeitaram de erro médico veterinário, estes registrados no Serviço de Patologia Animal da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo. Selecionados os casos no período de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017, avaliar suas frequências e os categorizar em negligência, imprudência e imperícia conforme conceituação do Código Civil Brasileiro.

Na segunda etapa do trabalho, o objetivo foi elaborar um levantamento dos casos de erro médico veterinário impetrados como recursos na segunda instância judicial, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no período de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017.

Na terceira etapa, foram explorados os casos de óbitos de animais nos estabelecimentos veterinários de banho e tosa que geraram ações judiciais em primeira instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no período de 01 de janeiro de 2008 a 04 de setembro de 2019.

Com as informações das três etapas, discutir as questões legais de responsabilidades civis nos procedimentos médicos veterinários em analogia ao procedimentos médicos humanos e responsabilidades civis de caráter objetivo dos estabelecimentos veterinários.

Analisar as questões de provas de relevância judicial e exibir o comportamento dos tutores ingressantes ao pleito judicial no intervalo de 10 anos (2008 a 2017).

Apresentar propostas de recomendações de boas práticas de relações jurídicas aos prestadores de serviços médicos veterinários e de estabelecimentos veterinários como banho e tosa perante aos seus consumidores tutores de animais.

13 LEVANTAMENTO DAS SOLICITAÇÕES DE EXAMES NECROSCÓPICOS DOS CASOS EM QUE OS SOLICITANTES SUSPEITARAM A EXISTÊNCIA DE UM POSSÍVEL ERRO MÉDICO VETERINÁRIO

13.1 INTRODUÇÃO

A necropsia pode ser um procedimento bastante traumático ao tutor, principalmente em momento de dor pela perda de um companheiro, mas pode, em muitos casos, ser a única maneira de oferecer o diagnóstico da causa morte com precisão.

O exame necroscópico revela informações importantes para o tutor do animal quanto para o médico veterinário responsável pela prestação de serviço.

Para o tutor, uma conclusão da causa morte de um animal pode proporcionar um consolo diante da morte inevitável mesmo com a interferência da medicina, ou contrário, quando o sentimento de reprovabilidade é aguçado nos procedimentos gerados por suspeitas de erro médico⁵⁵. Enquanto ao profissional médico veterinário, também os achados de necropsia são fundamentais em casos de óbito de animais com potencial jurídico, podendo fornecer subsídios para a determinação ou refutação das suspeitas de negligência, imperícia ou imprudência (SALVAGNI et al., 2014). Ainda, o resultado de uma necropsia permite o aprendizado pelos erros que não devem prevalecer pelos novos procedimentos (MCPHEE, 1996).

Na primeira etapa, foi feita a coleta de dados sobre as necropsias documentadas de todas as solicitações de exames dos casos de interesse judicial em que os solicitantes indicavam um possível erro médico veterinário, e o confronto dos históricos das solicitações com os achados necroscópicos de espécies caninas e felinas realizadas no Serviço do Departamento de Patologia Animal da FMVZ-USP, no intervalo entre 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017.

Foram analisadas 3378 solicitações de necropsias, sendo que destes, 644 eram documentadas de interesse judicial com suspeita de erro médico veterinário. Dentre as documentadas, foram separadas 61 solicitações em que houve divergência entre o histórico e os achados necroscópicos ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte, neste caso, mesmo não havendo divergência por falta de provas, não

⁵⁵ <http://www.crmv-al.org.br/site/mostraconteudo.aspx?c=245>. Acesso em: 28 jan. 2018

poderia ocorrer o fenômeno óbito. As solicitações foram dispostas para as análises de confronto por três observadores cegos.

A segunda etapa consistiu na coleta de dados dos processos relacionados a erros médicos veterinários avaliados no Tribunais de Justiça do estado de São Paulo e motivos de julgados de segunda instância. Os processos foram levantados via online pelo site do Tribunal de Justiça de São Paulo, disponível em Portal e-saj (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/>) e o Jusbrasil (www.jusbrasil.com.br).

No portal E-saj, foram acessados os links “consultas processuais”, “consulta de Jurisprudência” e “consulta completa”, nestes existem parâmetros de consulta (filtros) com diversos campos: “pesquisa livre”; “número do recurso”; “classe”; “assunto”; “magistrado”; “data”; “comarca”, “data da publicação”, “origem”, “tipo de publicação” e “ordenado por”. O campo “número do recurso” foi preenchido com informações extraídas das pesquisas do site Jusbrasil.

No portal Jusbrasil, os parâmetros de consultas foram: intervalo de tempo personalizado de “01/01/2008 a 31/12/2017”, o grau de jurisdição “2º grau”, o tribunal “TJ-SP”, e o tipo do conteúdo “jurisprudência”. No campo pesquisa livre foram utilizadas as palavras de busca: “culpa” e “veterinária”.

Para análise estatística desses processos, foram extraídos os dados de número total e porcentagens dos dados tabelados nas categorias: procedimentos que ensejaram o processo (cirurgia, anestesia e clínica); os apelantes e apelados (tutor em face do veterinário e vice versa); espécies de animais envolvidos no processo (cães e gatos); alegação do autor (negligência e/ou imprudência e/ou imperícia); quanto ao provimento da sentença (provimento ou improvimento) e quanto à motivação da sentença (nexo de causalidade, provas suficientes ou insuficientes e cerceamento de provas).

Foram excluídos os processos arquivados, por não aparecerem no sistema de consulta; quando a palavra encontrada não apresentava relevância para o assunto ora discutido, como um médico veterinário que é autor da ação e sua profissão é citada no processo, mas faltam fatores de inclusão como os termos “imperícia”, “imprudência”, “negligência”, “erro médico”, “veterinária” ou “veterinário”.

Os dados colhidos foram: espécie e sexo, solicitantes de necropsias, procedimentos e classificados como negligência, imperícia, imprudência, ausência de nexo e ausência de prova.

Foi desenvolvido um banco de dados utilizando o software Excel®.

13.2 RESULTADOS DAS SOLICITAÇÕES DE EXAMES NECROSCÓPICOS DOCUMENTADOS DO SETOR DE NECROPSIA DO DEPARTAMENTO PATOLOGIA DA FMZV-USP

A seguir serão apresentados os resultados obtidos nos levantamentos de necropsias em geral, as necropsias documentadas de interesse judicial, e necropsias documentadas de interesse judicial com casos discordantes entre a descrição do histórico das solicitações com os achados necroscópicos ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte envolvendo cães e gatos, as duas últimas em situações em que os solicitantes suspeitavam de erro médico veterinário, atendidos no Setor de Necropsia do Serviço do Departamento de Patologia da FMZV-USP, no período de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017. Foram analisados quanto à espécie, sexo, solicitantes de necropsia, tipos de procedimentos como cirúrgicos, anestésicos, diagnósticos. Para atribuir as modalidades da culpa conforme conceitos do Código Civil Brasileiro (negligência, imprudência e imperícia), as fichas de solicitações, documentos adicionais e relatórios de necropsia foram distribuídas para análise por três observadores cegos, sendo os três com formação em medicina veterinária (um patologista veterinário), desses, dois com formação em direito.

13.2.1 Casuística

O levantamento de casos de necropsias encaminhados ao Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, conforme ilustra a tabela 1, revela a distribuição do número total de exames de necropsia, totalizando 3378 casos. Destes, 644 foram necropsias documentadas de interesse judicial, contendo o relatório de necropsia e fotografias. Por sua vez, 61 foram casos de necropsias discordantes entre histórico das solicitações e resultado necroscópico ou aqueles que geraram dúvidas de causa morte de cães e gatos.

Tabela 1 - Número total de necropsias, necropsias documentadas de interesse judicial, e necropsias de discordantes de cães e gatos atendidas pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Anos	Número total de Necropsias*	Necropsias Documentadas**		Necropsias Discordantes***		
		Absoluta	Relativa (%)	Absoluta	Relativa Documentada (%)	Relativa Total (%)
2008	248	14	5,65	3	21,43	1,21
2009	298	37	12,42	1	2,70	0,34
2010	363	68	18,73	3	4,41	0,83
2011	303	51	16,83	4	7,84	1,32
2012	343	87	25,36	6	6,90	1,75
2013	352	91	25,85	6	6,59	1,70
2014	353	55	15,58	7	12,73	1,98
2015	382	72	18,85	10	13,89	2,62
2016	405	87	21,48	8	9,20	1,98
2017	331	82	24,77	13	15,85	3,93
Total	3378	644	19,06	61	9,47	1,81

Distribuição em frequência absoluta e relativa em porcentagem;

* Números de todas as solicitações de necropsias de cães e gatos.

** Números de solicitações de necropsias documentadas de interesse judicial.

*** Números de solicitações de necropsias documentadas de interesse judicial discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte de cães e gatos.

Fonte: Yoshida (2019).

A evolução anual do número total de necropsias solicitados ao Serviço do Departamento de Patologia da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo (FMVZ-USP), no período de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017, estão indicadas na tabela 1 e ilustrada no gráfico 1. O gráfico 2, exibe a evolução anual no período de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017, em porcentagem, dos casos de solicitações de necropsias documentadas de cães e gatos. Nos anos de 2011 e 2014 ocorrem diminuições na frequência de 16,83%

e 15,58% respectivamente, sendo que em 2014 observa-se a retomada dos casos chegando até 24,77% no ano de 2017.

No gráfico 3, os casos de solicitações de necropsias discordantes em relação com as solicitações de necropsias documentadas, iniciam-se a contagem com 21,43% no ano de 2008 e a queda para 2,7% em 2009, e com o passar dos anos nota-se um aumento gradativo.

No gráfico 4, os casos de solicitações de necropsias discordantes em relação aos casos totais, iniciam-se a contagem com 1,21% no ano de 2008 e a queda para 0,34% em 2009. Com o passar dos anos nota-se um aumento gradativo, conforme pode ser confrontado pelos dados fornecidos na tabela 1.

Gráfico 1- Casos de solicitações totais de necropsias, em frequência absoluta de cães e gatos atendidas pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Gráfico 2- Casos de solicitações necropsias documentadas, em frequência relativa (porcentagem) de cães e gatos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Gráfico 3- Casos de solicitações de necropsias discordantes em relação às necropsias documentadas, em frequência relativa (porcentagem) de cães e gatos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Gráfico 4 - Casos de solicitações de necropsias discordantes em relação ao total de solicitações de necropsias, em frequência relativa (porcentagem) de cães e gatos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

A tabela 2 exibe o levantamento de necropsias encaminhadas ao Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP sendo que as solicitações de necropsia documentadas totalizaram 644. Estes casos foram separados em cães com 402 (62,44%) e gatos 242 (37,56%), posteriormente confrontadas com casos de solicitações de necropsias discordantes que foram 61, subdivididos em 37 cães e 24 gatos, correspondente ao período de 2008 a 2017.

Tabela 2- Casos de solicitações de necropsias documentadas e necropsia discordantes de cães e gatos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Anos	Cães		Gatos		Total de Necropsias Documentadas
	Casos Necropsias Documentadas	Casos de discordâncias*	Casos Necropsias Documentadas	Casos de discordâncias*	
2008	12	3 (25,00)	2	0 (0,00)	14
2009	24	0 (0,00)	13	1 (7,69)	37
2010	38	0 (0,00)	30	3 (10,00)	68
2011	29	2 (6,90)	22	2 (9,09)	51
2012	36	4 (11,11)	51	2 (3,92)	87
2013	59	4 (6,78)	32	2 (6,45)	91
2014	38	5 (13,16)	17	2 (11,76)	55
2015	58	9 (15,52)	14	1 (7,14)	72
2016	59	5 (8,47)	28	3 (10,71)	87
2017	49	5 (10,2)	33	8(24,24)	82
Total	402	37 (9,25)	242	24 (9,91)	644

Distribuição em frequência absoluta e, entre parênteses em porcentagem.

* Números de solicitações de necropsias documentadas de interesse judicial discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte com os achados necroscópicos de espécies canina e felina.

Fonte: Yoshida (2019).

O gráfico 5 retrata o levantamento de casos de necropsias discordantes de cães e gatos encaminhadas ao Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP e distribuídas por sexo, correspondente ao período de 2008 a 2017. Nota-se a frequência de 66,67% nos machos e 33,33% nas fêmeas da espécie felina, enquanto na espécie canina nota-se 43,24% e 56,76% nos machos e fêmeas respectivamente.

Gráfico 5- Distribuição percentual dos casos de necropsias discordantes de cães e gatos segundo o sexo, diagnosticados pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

A distribuição segundo os solicitantes de necropsias discordantes dos cães e gatos ao Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP correspondente ao período de 2008 a 2017, sendo médicos veterinários, tutores, médicos veterinários e tutores, delegacias de polícia e outros, consta na tabela 3. Os médicos veterinários representam 30, os tutores 25 e outros 4, todas solicitações em valores absolutos. O médico veterinário juntamente com tutor solicitou 1 necropsia em 2012, semelhante ao caso da delegacia de polícia em 2013.

Tabela 3 - Distribuição dos casos segundo os solicitantes de necropsias discordantes, e em porcentagem, dos casos que correspondem as necropsias documentadas de cães e gatos

Anos	Médicos Veterinários (MV)	Tutores (Tu)	MV e Tu *	Delegacia**	Outros***	Total
2008	1 (33,33)	2 (66,66)	0 (0,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	3 (100)
2009	0 (0,00)	1 (100,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	1 (100)
2010	2 (75,00)	1 (25,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	3 (100)
2011	4 (100,00)	0 (00,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	4 (100)
2012	2 (33,33)	3 (50,00)	1 (16,66)	0 (0,00)	0 (0,00)	6 (100)
2013	4 (66,66)	1 (16,66)	0 (0,00)	1 (16,66)	0 (0,00)	6 (100)
2014	4 (57,14)	3 (42,85)	0 (0,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	7 (100)
2015	2 (20,00)	5 (50,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	3 (30,00)	10 (100)
2016	5 (62,50)	2 (25,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	1 (12,50)	8 (100)
2017	6 (46,15)	7 (53,85)	0 (0,00)	0 (0,00)	0 (0,00)	13 (100)
Total	30 (49,18)	25 (40,98)	1 (1,64)	1 (1,64)	4 (6,55)	61 (100)

Distribuição em número absoluto e, entre parênteses, em porcentagem;

* médicos veterinários e tutores;

** delegacias de polícia civil;

*** solicitantes não pertencentes às outras categorias.

Fonte: Yoshida (2019).

O total de solicitações por médicos veterinários, tutores, delegacia de polícia e outros, em porcentagens de necropsias discordantes encaminhado ao Serviço do Departamento de Patologia da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo (FMVZ-USP), durante o período de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017, está exibido no gráfico 6.

O gráfico 7 ilustra a evolução anual no período de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017, em porcentagem, dos casos de necropsias discordantes de cães e gatos, dos solicitantes tutores e médicos veterinários. Nos anos de 2008 e 2009 a maioria das solicitações foram pelos tutores, 3,28% e 1,64%, respectivamente enquanto os médicos veterinários apresentavam 1,64% e 0,00%, respectivamente. A partir de 2011 nota-se basicamente a oscilação de ambos solicitantes.

Gráfico 6 - Distribuição dos casos segundo os solicitantes de necropsias discordantes do número de necropsias documentadas de cães e gatos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Gráfico 7 - Distribuição dos solicitantes médicos veterinários e tutores, de casos que correspondem as solicitações de casos discordantes entre a descrição do histórico com os achados necroscópicos das necropsias documentadas de cães e gatos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Os casos discordantes foram desmembrados em procedimentos cirúrgicos, anestésicos, discordâncias de diagnósticos, outros (ex: clínicos) e indeterminados (quando os exames necroscópicos foram prejudicados por avançado estado de decomposição, por exemplo). O gráfico 8 ilustra os procedimentos acima relacionados, onde os casos de discordantes foram 26% nos procedimentos anestésicos e discordâncias de diagnósticos, sendo 8% para procedimentos cirúrgicos e 20% para os casos indeterminados.

Gráfico 8 -Distribuição percentual dos casos de solicitações de necropsias discordantes em procedimentos cirúrgicos, anestésicos, diagnósticos, indeterminados e outros não relacionados aos anteriores, pelo Serviço do Departamento de Patologia FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

* outros: não relacionados aos procedimentos anteriores (ex: casos clínicos);

** indeterminado quando não foi possível a análise necroscópica por alguma razão que impediu a sua realização (ex: autólise).

Fonte: Yoshida (2019).

A tabela 4 exibe a distribuição do número absoluto e relativo de solicitações de casos discordantes relacionados a procedimentos de cirurgia e anestesia, que foram 21 casos no total, especificando a relação desses procedimentos com esterilização e outra cirurgia não relacionada a esterilização, compreendido no período de 2008 a 2017.

Tabela 4 - Distribuição das solicitações de necropsias discordantes em procedimentos cirúrgicos, anestésicos, e relacionados à esterilização e outros procedimentos cirúrgicos diagnosticados pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Esterilização *			Outra Cirurgia**			Total***
Anestesia	Cirurgia	Subtotal	Anestesia	Cirurgia	Subtotal	
16	4	20	0	1	1	21
(100)	(80)	(100)	(00)	(100)	(100)	

Distribuição em número absoluto e, entre parênteses, em porcentagem;

* esterilização refere-se a ovariosalpingohisterectomia (OSH) ou orquiectomia;

** outros procedimentos cirúrgicos não relacionados a procedimentos em órgão reprodutor masculino e feminino;

*** total de casos cirúrgicos (5) e anestésicos (16).

Fonte: Yoshida (2019).

Em relação ao total de 21 casos submetidos ao Serviço de Patologia em que houve discordância entre o resultado e a solicitação, 5 foram classificados como casos de procedimentos cirúrgicos e 16 como anestésicos. Desse total, também se observa que foram 20 os ligados a procedimentos de esterilização (95,23%), sendo que os 16 casos de complicações anestésicas estão em sua totalidade neste grupo (100%) e 4 dos cirúrgicos (80%). Quando em cirurgia que não envolve esterilização, somente 1 (20%) caso em procedimento cirúrgico e nenhum anestésico.

13.2.2 Da análise de culpa

A análise dos casos quanto a modalidade de culpa foi distribuída para três observadores cegos, que apreciaram os históricos das solicitações de necropsias de casos discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte com os laudos necroscópicos documentados, classificando-os como negligência, imprudências e imperícia, conforme a legislação do direito Civil Brasileiro, e distribuídas nas tabelas 5, 6, 7 e 8. Entende-se como históricos das solicitações “discordantes” a descrição sucinta dos fatos narrados pelos solicitantes (tutor ou médico veterinário) e a incompatibilidade dos resultados da descrição documentada das observações técnica da necropsia e *causa mortis* do animal.

Todos os observadores cegos envolvidos no evento apresentavam formação em medicina veterinária, sendo que um patologista veterinário e dois com formação em direito com experiência em perícia.

Para os casos em que havia vestígios de provas, mas não relacionado ao nexo de causalidade com o fato, inferiram-se como “ausência de nexo” e para os casos com ausência de vestígios de provas se inferiram como “ausência de prova”. Nas tabelas 5, 6, 7 e 8 foram distribuídas as observações totais e outras com quantidades de casos excluindo daqueles considerados indeterminados.

A negligência, nesta divisão, foi incluída os animais submetidos às necropsias, cujos respectivos históricos das solicitações discordantes em confronto aos laudos necroscópicos denotavam informações, em princípio, de condutas omissivas do

médico veterinário. A imprudência estava relacionada, em princípio, com erros comissivos em que o prestador de serviço provocava prejuízo ao animal por meio de uma intervenção malsucedida ou decorrente de assumir um risco desnecessário. A imperícia foi classificada na situação, em princípio, em que a intervenção decorre de desconhecimento básico da profissão de médico veterinário.

As observações de modalidades de culpa foram divididas entre cães e gatos, médicos veterinários e tutores, conforme tabelas 5,6,7 e 8.

Tabela 5 - Distribuição dos casos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova dos casos de solicitações discordantes que envolveram os cães pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Modalidades de culpa	Cães		Cães*	
	Absoluta	Relativa(%)	Absoluta	Relativa(%)
Negligência	35	27,56	34	30,91
Imprudência	18	14,17	15	13,64
Imperícia	10	7,87	8	7,27
Ausência nexo	31	24,41	24	21,82
Ausência prova	33	25,99	29	26,36
Total	127	100	110	100

* quantidades de casos excluindo daqueles considerados indeterminados (ex: autólide)

Fonte: Yoshida (2019).

O total de 127 se deve por conta dos observadores atribuírem uma ou mais modalidades para o mesmo caso. A distribuição da tabela 5 apresenta 53 casos ou 48,18% de ausência de nexo e prova, enquanto 57 casos ou 51,82% das modalidades de culpa relacionadas aos casos excluídos os indeterminados.

O gráfico 9 ilustra o confronto de casos totais de negligência, imprudências e imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, em relação aos casos em que foram excluídos os considerados indeterminados de solicitações de necropsias discordantes de cães. Nota-se que quando os casos indeterminados são excluídos da contagem, as modalidades de negligência e ausência de prova aumentam 3,35% e 0,37% respectivamente.

Gráfico 9- Distribuição percentual dos casos de solicitações de discordantes de cães segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período 2008 a 2017

* quantidades de casos excluindo daqueles considerados indeterminados (ex. autólide)
 Fonte: Yoshida (2019).

Tabela 6 - Distribuição dos casos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova dos casos de solicitações discordantes que envolveram os gatos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Modalidades de culpa	Gatos		Gatos*	
	Absoluta	Relativa(%)	Absoluta	Relativa(%)
Negligência	15	18,29	14	22,95
Imprudência	11	13,41	11	18,03
Imperícia	1	1,22	1	1,64
Ausência de nexo	36	43,90	18	29,51
Ausência de prova	19	23,17	17	27,87
Total	82	100	61	100

* quantidades de casos excluindo daqueles considerados indeterminados (ex: autólide)
 Fonte: Yoshida (2019).

Os observadores atribuíram as modalidades para os casos discordantes de gatos, assim a tabela 6, apresenta 35 casos ou 57,38% em que há ausência de nexo e prova, enquanto 26 casos ou 42,62% encaixam-se nas modalidades de culpa relacionadas aos casos excluídos os indeterminados.

O gráfico 10 ilustra o confronto de casos totais de negligência, imprudência e imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, em relação aos casos excluídos por serem considerados indeterminados em necropsias de gatos. Nota-se que quando os casos indeterminados são excluídos da contagem, a modalidade de ausência de nexo diminui 14,39% e aumenta as demais modalidades.

Gráfico 10- Distribuição percentual dos casos de solicitações de discordantes de gatos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

* quantidades de casos excluindo daqueles considerados indeterminados

Fonte: Yoshida (2019).

A tabela 7 demonstra as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e prova dos casos de solicitações de médicos veterinários, relacionados as solicitações de necropsias discordantes de cães e gatos, atribuídos pelos observadores.

Tabela 7- Distribuição dos casos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova dos casos de solicitações discordantes que envolveram os médicos veterinários pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Modalidades de culpa	Médicos Veterinários		Médicos Veterinários *	
	Absoluta	Relativa(%)	Absoluta	Relativa(%)
Negligência	18	16,98	18	21,18
Imprudência	18	16,98	16	18,82
Imperícia	4	3,77	4	4,70
Ausência nexo	33	31,13	18	21,18
Ausência prova	33	31,13	29	34,12
Total	106	100	85	100

* casos excluindo aqueles considerados indeterminados

Fonte: Yoshida (2019).

A distribuição da tabela 7 apresenta 47 casos ou 55,30% de ausência de nexo e prova, enquanto 38 casos ou 44,70% das modalidades de culpa relacionadas aos casos excluídos os indeterminados.

O gráfico 11 ilustra o confronto de casos totais de negligência, imprudência e imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, em relação aos que foram excluídos os considerados indeterminados de necropsias documentadas discordantes das solicitações de médicos veterinários. Nota-se que quando os casos indeterminados são excluídos da contagem, a modalidade de ausência de nexo diminui 9,95% e aumenta as demais modalidades.

Gráfico 11- Distribuição percentual dos casos de solicitações de discordantes de cães e gatos por médicos veterinários segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova, pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Tabela 8 - Distribuição dos casos segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexo e ausência de prova de solicitações discordantes que envolveram os tutores pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Modalidades de culpa	Tutores		Tutores *	
	Absoluta	Relativa(%)	Absoluta	Relativa(%)
Negligência	29	34,12	28	38,36
Imprudência	8	9,41	8	10,96
Imperícia	4	4,71	3	4,11
Ausência de nexo	29	34,12	21	28,77
Ausência de prova	15	17,65	13	17,81
Total	85	100	73	100

* casos excluindo aqueles considerados indeterminados

Fonte: Yoshida (2019).

A distribuição da tabela 8 apresenta 34 casos ou 46,58% de ausência de nexo e prova, enquanto 39 casos ou 53,42% das modalidades de culpa excluindo-se os indeterminados.

O gráfico 12 ilustra o confronto de casos totais de negligência, imprudências e imperícia, ausência de nexos e ausência de prova, em relação aos casos excluídos por serem considerados indeterminados de necropsias documentadas discordantes das solicitações de tutores. Nota-se que quando os casos indeterminados são excluídos da contagem, a modalidade de ausência de nexos diminui 5,35% e 0,6% de imperícia, e aumenta as demais modalidades.

Gráfico 12- Distribuição percentual dos casos de solicitações de discordantes de cães e gatos por tutores segundo as modalidades de negligência, imprudência, imperícia, ausência de nexos e ausência de prova, pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

13.3 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DAS SOLICITAÇÕES DE EXAMES NECROSCÓPICOS DOCUMENTADOS DO DEPARTAMENTO PATOLOGIA DA FMVZ-USP

A seguir as discussões dos resultados obtidos no levantamento de casos de solicitações de necropsias discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte de cães e gatos atendidos no Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, correspondente ao período de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017.

13.3.1 Discussão de análise envolvendo números de necropsias do departamento

Inicialmente foi avaliada a evolução do número de solicitações de necropsia encaminhadas ao Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP, dos cães e gatos, segundo o número total, necropsias documentadas e, dentre estas, as necropsias discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte no período compreendido entre 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017, conforme exibido na tabela 1, e gráficos 1,2,3 e 4.

O levantamento indica um aumento gradativo das solicitações de necropsias ao longo do período estudado, com exceção dos anos de 2011 e 2017 em que houve o decréscimo da curva de crescimento do gráfico. O resultado reflete o alto número de cães e gatos no Brasil. A Pesquisa Nacional de Saúde (BRASIL, 2013), feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicou dados sobre animais de estimação nos lares do país. O instituto aponta que 44,3% dos domicílios do país possuem pelo menos um cachorro, estimado um total de 52,2 milhões. Em relação à presença de gatos, 17,7% dos domicílios do país possuíam pelo menos um, e a sua população foi estimada em 22,1 milhões. Os dados mais atualizados foram divulgados pelo Instituto Pet Brasil que em 2018 contabilizou no país 54,2 milhões de cães e 23,9 milhões de gatos, com crescimento de 8,1% para gatos e 5% para cães desde 2013⁵⁶.

Quando comparadas as solicitações de necropsias documentadas de interesse jurídico em relação as gerais, o comportamento do gráfico acompanha os casos gerais, como declínio em 2011 e 2014 e retomada gradativa até 2016. No último ano (2017) verifica-se o contrário, quando os casos de documentadas aumentaram e as gerais diminuíram, conforme o gráfico 3. Na comparação das solicitações dos casos discordantes em relação as necropsias documentadas, apresentada pelo gráfico 3, observa-se uma elevada frequência de 21,43% no ano de 2008 e uma diminuição no ano seguinte em 2009 com 2,7%, com posterior retomada gradativa até alcançar o patamar de 18,85%. Nota-se uma discreta diminuição em 2013 e 2016, mas, de forma geral, o gráfico aponta o crescimento das solicitações de necropsias documentadas. O gráfico 4 representa as solicitações de necropsias dos casos

⁵⁶ Instituto Pet Brasil (IPB) <http://institutopetbrasil.com/imprensa/censo-pet-1393-milhoes-de-animais-de-estimacao-no-brasil/>. Acesso em: 30 jul. 2019.

discordantes em relação ao número total de solicitações, onde nota-se que durante o ano de estudo houve um aumento dessas solicitações discordantes.

13.3.2 Discussão de análise envolvendo espécies animais e sexos

A seguir é apresentada a discussão dos resultados obtidos com o levantamento de solicitações de casos de necropsias discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte envolvendo os cães e gatos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da FMVZ-USP.

Quando analisadas a tabela 2, divididas pelas espécies animais, observa-se maior quantidade absoluta de solicitações de necropsia documentada de cães com 402 em relação a 242 gatos. Entretanto, as frequências de solicitações de necropsias com discordâncias são discretamente maiores para gatos com 9,91% em relação a 9,25% de cães, indicando que há uma prevalência maior de necropsias com discordâncias entre os gatos.

Na questão relacionada ao sexo macho e fêmea entre a cães e gatos, os machos da espécie felina destacaram com 66,67% de frequência nos casos de solicitações de necropsias com discordâncias, enquanto que na espécie canina as fêmeas apresentaram uma frequência maior com 56,76%, conforme ilustra o gráfico 5. Não há relatos na literatura relacionando “erros médicos” veterinários com os sexos dos animais, portanto, estas circunstâncias devem ser motivos de análise mais aprofundada em eventuais trabalhos científicos.

13.3.3 Discussão de análise envolvendo solicitantes

Quanto à verificação das frequências dos solicitantes de necropsias com discordâncias ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte, listadas na tabela 3, percebe-se que os médicos veterinários foram mais requisitantes, em relação aos tutores, com 49,18% e 40,98% respectivamente.

No caso de uma solicitação de delegacia de polícia, esta foi motivada pela denúncia do tutor, por entender que o seu animal foi vítima de “erro médico” veterinário. Na prática, é comum a população recorrer à delegacia de polícia para pleitear um direito ofendido, muito embora o procedimento correto neste caso seria ingressar com uma ação cível para reparação de danos ou mesmo passível de

denúncia ao Conselho Regional de Medicina Veterinária. As delegacias têm interesses específicos relacionados com os aspectos jurídicos das conclusões de necropsias para apurações de crimes, resultando assim em baixa solicitação como ocorrida no ano de 2013, quando observou-se único caso ao longo período estudado.

Em 2012, o médico veterinário e tutor em comum acordo resolveram verificar a causa mortis de um paciente. Na solicitação mútua, ou seja, veterinário e tutor, o interesse por vezes é sobre questões de erros de diagnósticos ou tratamentos para dirimir responsabilidades de um com outro, ou mesmo até de um terceiro interessado como outro veterinário envolvido no processo de prestação de serviço.

Os solicitantes “Outros” são aqueles não compreendidos dos anteriores citados, que não estão relacionados com a prestação de serviços veterinários, mas que por dúvidas de causa morte de animais foram encaminhados para necropsia documentadas.

No gráfico 7 é possível verificar que há oscilações do número de solicitações por parte de médicos veterinários e tutores, de necropsias com discordâncias ao longo do período estudado, sendo que a partir de 2009 inicia-se com a maior solicitação por tutores e sucessivamente um intercalando o outro, até que no ano de 2017 é possível constatar a maior solicitação por parte de tutores com 13,11%. De forma geral, os médicos veterinários permanecem com certa frequência estável de solicitações ao longo dos anos, e quanto aos tutores é possível denotar um aumento gradativo de solicitações quando visualizadas pelo gráfico 7 nos anos de 2015 a 2017. Não é diferente quando analisado o perfil dos denunciantes (tutores), relacionadas a má prestação de serviços junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária⁵⁷. Esta ascensão, dos últimos anos do período estudado, de solicitações de necropsias documentadas e denúncias por parte dos tutores, indica maior consciência despertado pelo direito do consumidor e o apego familiar dos cães e gatos.

13.3.4 Discussão de análise envolvendo tipos de procedimentos

No confronto de análise quanto aos procedimentos envolvidos nas solicitações de necropsias com discordâncias ou aquelas que geraram dúvidas de

⁵⁷ Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo. Disponível em: <https://crmvsp.implanta.net.br/portaltransparencia/#publico/Conteudos?id=6043cb96-8a19-4768-8624-bf9ad929236e>. Acesso em 20 dez. 2019.

causa morte, percebe-se que os procedimentos com problemas anestésicos e diagnósticos duvidosos foram os elementos que destacaram nas solicitações dessas necropsias. Os relatos nas fichas de solicitações necroscópicas apontam óbitos relacionados à anestesia na indução, durante e pós-anestésico.

Os “outros” são aqueles não compreendidos dos anteriores citados, como os casos clínicos. Constata-se ainda, que 20% dos casos de necropsias foram indeterminados na *causa mortis* decorrente de autólise cadavérica, conforme ilustra gráfico 8.

Ao analisar os procedimentos de anestesia e cirurgia, observa-se que os procedimentos de ovariossalpingohisterectomia (OSH) ou orquiectomia foram os maiores motivos para as solicitações de necropsias, com relevância nos procedimentos de anestesia em que dos 20 animais submetidos a esta cirurgia, 16 pacientes resultaram em óbito, conforme ilustra a tabela 4. A maioria dos casos eram originárias de campanhas de esterilização de cães e gatos promovidas pelo Poder Público. Houve aumento da expansão das campanhas de esterilização de cães e gatos, prática que foi bastante aplicada em várias regiões nacionais e definida como eficiente ferramenta de controle de natalidade de cães e gatos. Esta gerou a promulgação da Lei Federal nº 13. 426 de 30 de março de 2017 que dispõe de controle da natalidade de cães e gatos mediante esterilização permanente por cirurgia no Brasil (BRASIL, 2017).

A grande representatividade de solicitação de necropsia em casos de esterilização (ovariossalpingohisterectomia ou orquiectomia) é que o tutor submete o animal “saudável” para cirurgia eletiva e este vem ao óbito decorrente deste procedimento. Para tanto, apesar de todos os cuidados tomados, é importante esclarecer ao tutor das possibilidades dos riscos inerentes ao procedimento e reações, por vezes, imprevisíveis do organismo, decorrente de intervenção anestésica e cirúrgica. Trata-se de uma situação diferente de outras cirurgias como aquelas em que o paciente se encontra gravemente enfermo ou debilitado, necessitando de urgência por meio desta intervenção. Nestes casos, o tutor sente-se mais confortado e compreensivo diante de um resultado negativo quando está ciente das mínimas probabilidades de recursos e limitações da medicina para alcançar o seu êxito.

13.3.5 Discussão de análise envolvendo as modalidades de culpa de cães e gatos

Em estudo relacionado as modalidades de culpa, como a negligência, imprudência e imperícia, analisadas em solicitações de necropsias com discordâncias em cães e apreciadas por três observadores cegos, verifica-se que a negligência gerou o resultado com 27,56%. Contudo, os controles entenderam que 50,4% dessas necropsias apresentavam ausência de nexo ou ausência de prova para atribuir qualquer das modalidades de culpa ao médico veterinário, o que equivale afirmar, em quantidade absoluta, dos 127 totais de solicitações de necropsias, 35 foram de negligência e 64 de causas não atribuídas de culpa.

Os fatores relacionados com as ausências de nexo é a situação dos casos em que o vestígio não corresponde ao fato alegado pelas partes, e quando da ausência de provas, os vestígios das alegações estão ausentes. Nesta avaliação, 17 casos foram indeterminados, sem possibilidades de levantamento necroscópico, assim sendo, foram subtraídos do total, e redistribuídos para a nova contagem de verificação de frequência, conforme ilustra na tabela 5. A nova distribuição exhibe a negligência como 30,91% e 48,18% para os casos inimputáveis a culpa do profissional, mantendo um padrão semelhante da distribuição anterior, ou seja, a negligência, e ausências de nexo e prova se destacaram na espécie canina, conforme ilustram a tabela 5 e gráfico 9. Na observação geral, notamos que 51,82% são casos de culpas como negligência, imprudência e imperícia e outros 48,18% são ausências de atributos para condenação por culpa. No âmbito jurídico, indica que quase metade das solicitações de necropsias documentadas discordantes de cães não denotavam elementos técnicos periciais para imputar responsabilidade civil ao prestador de serviço. No caso dos gatos, mais da metade das solicitações destacam para imputação inócua ao prestador de serviço, conforme a demonstração da ausência de nexo (43,9%) seguida de ausência de prova (23,17%). Entre as modalidades de culpa, a negligência foi o que mais apresentou com 18,29%. Quando foram subtraídos os casos indeterminados do total, e redistribuídos para a nova contagem de verificação de frequência, nota-se ainda que as ausências de nexo e prova continuam maiores que as modalidades de culpa (negligência, imprudência e imperícia), elevando a frequência de ausência de prova para 27,87% e negligência para 22,95%. Assim, na observação geral, notamos que

42,62% são casos de culpas como negligência, imprudência e imperícia e outros 57,38% são ausências de atributos para condenação por culpa.

Quando comparadas os cães e gatos, independente dos casos indeterminados, constata-se a predominância da negligência em cães e ausências de nexos e prova para os gatos. Contudo, é importante reiterar que na distribuição geral, os cães apresentaram 48,18% causas de ausências de responsabilidade civil e 57,38% para os gatos, conforme este ilustrados na tabela 6 e gráfico 10.

13.3.6 Discussão de análise envolvendo as modalidades de culpa dos veterinários e tutores

Na análise de culpabilidade, dos casos sem exclusão de indeterminados, diante das solicitações dos médicos veterinários de necropsias com discordâncias ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte em cães e gatos, 62,26% eram ausências de nexos e prova para a imputação de culpa, e os restantes foram distribuídos negligência 16,98%, imprudência 16,98% e imperícia 3,77%, totalizando 37,74% de elementos de responsabilidade civil dos casos atendidos pelo Serviço do Departamento de Patologia da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo (FMVZ-USP), no período de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2017, conforme ilustra a tabela 7 e gráfico 11.

Na verificação dos casos sem exclusão de indeterminados, das solicitações de necropsias com discordâncias em cães e gatos, por parte dos tutores, verifica-se que a negligência gerou o resultado com 34,12%. Contudo, os observadores entenderam que 51,77% dessas necropsias apresentavam ausência de nexos ou ausência de prova para atribuir qualquer das modalidades de culpa ao médico veterinário, o que equivale afirmar, em quantidade absoluta, dos 85 totais de necropsias, 29 foram de negligência e 44 de causas não atribuídas de culpa, conforme ilustra a tabela 8. Quando analisadas dos casos indeterminados que foram excluídos da contagem, observa-se um aumento da negligência para 38,36% e ausência de prova de 17,81%, e diminuição dos casos de ausência de nexos, conforme ilustram a tabela 8 e gráfico 12.

Os médicos veterinários solicitam as necropsias documentadas para sanar dúvidas quando o resultado que não foi alinhado com o tratamento ou diagnóstico proposto, bem como clínicos que participam de necropsias tendem a compreender

melhor o processo patológico (PEIXOTO et al., 1998; TOKARNIA et al, 2012), mas por vezes as solicitações são para municiar de provas para uma possível ação de “erro médico”. Ao contrário, dos tutores, que solicitam as necropsias documentadas com objetivo de verificação de presumir “erro médico” do profissional. Um exemplo desta situação ocorre quando o médico veterinário omite as informações dos riscos ou oferece um prognóstico bom por meio de intervenção imprevisível e o paciente padece, decepcionando o tutor.

Quando comparadas as duas solicitações (médicos veterinários e tutores) dos casos gerais, é possível notar-se que a negligência é 16,98% para veterinários e 34,12% para os tutores, e as causas de ausências de responsabilidade são maiores nas solicitações de médicos veterinários com 62,26% e menores dos tutores com 51,77%. Mesmo assim, para as apreciações dos observadores, mais da metade das solicitações dos tutores não apresentavam apontamentos de reponsabilidades por parte dos veterinários. Indicando que aproximadamente, metade das solicitações de necropsias documentadas discordantes de cães não denotavam elementos técnicos periciais para imputar responsabilidade civil ao médico veterinário. Importante frisar também que 45% dos casos de solicitações de necropsias com discordâncias por profissionais veterinários poderiam ser enquadradas como “erro médico”.

14 LEVANTAMENTO DOS CASOS DE RECURSOS JUDICIAIS NA SEGUNDA INSTÂNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO RELACIONADOS A ERRO MÉDICO VETERINÁRIO

14.1 INTRODUÇÃO

A organização do Poder Judiciário do Brasil foi determinada pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) nos artigos 92 ao 126. A estrutura é composta por dois graus de jurisdição, que vêm a ser a primeira e a segunda instância.

A primeira instância ou primeiro grau são as varas ou seções judiciárias onde atuam o juiz de Direito. Essa é a principal porta de entrada do Judiciário. Nessa jurisdição a maioria dos casos são julgados por 1 (um) juiz, denominado juiz singular, que profere a sentença (decisão monocrática). No segundo grau, os juízes, também chamados de desembargadores, proferem decisões colegiadas, ou seja, julgamento por um grupo de magistrados que trabalham nos tribunais. Os Tribunais de Justiça (TJs) são responsáveis por revisar os casos já analisados pelos juízes singulares de primeira instância.

14.2 MATERIAIS E MÉTODOS

Foi feita uma coleta de dados dos processos relacionados a erros médicos veterinários avaliados no Tribunais de Justiça do estado de São Paulo e motivos de julgados de segunda instância. Os levantamentos dos processos foram via online pelo site do Tribunal de Justiça de São Paulo, disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/>, e o outro site, e a Jusbrasil (www.jusbrasil.com.br).

14.2.1 Método no portal e-saj

No portal e-saj, a pesquisa foi pelas “consultas processuais”, “consulta de Jurisprudência” e “consulta completa”. Nesta, há parâmetros de consulta que filtram os processos que serão selecionados e possuem diversos campos: “pesquisa livre”; “número do recurso”; “classe”; “assunto”; “magistrado”; “data”; “comarca”, “data da publicação”, “origem”, “tipo de publicação” e “ordenado por”.

No campo “número do recurso” foram preenchidas com informações extraídas das pesquisas do site Jusbrasil.

14.2.2 Método no portal Jusbrasil

Neste portal, os parâmetros de consultas foram intervalo personalizado de “01/01/2008 a 31/12/2017”, o grau de jurisdição “2º grau”, o tribunal “TJ-SP” e o tipo do conteúdo “jurisprudência”.

No campo pesquisa livre foram utilizadas as palavras de busca: “culpa, veterinária”.

Para análise estatística dos processos relacionados a erros médicos veterinários avaliados no Tribunais de Justiça do estado de São Paulo, foram extraídos no intervalo de 2008 a 2017, um número total, porcentagens total dos processos, tabelados em categorias, de: os procedimentos que ensejaram o processo (cirurgia, anestesia e clínica), os apelantes e apelados (tutor em face do veterinário e vice versa), espécies de animais envolvidos no processo (canina ou felina), alegação do autor (negligência e/ou imprudência e/ou imperícia), quanto ao provimento da sentença (provimento ou improvimento), quanto à motivação da sentença (nexo de causalidade, provas suficientes ou insuficientes e cerceamento de provas).

Fatores de exclusão: foram excluídos processos arquivados, por não aparecerem no sistema de consulta; quando a palavra encontrada não apresentava relevância para o assunto ora discutido, por exemplo um médico veterinário que é autor da ação e sua profissão é citada no processo e fatores de inclusão como as palavras “imperícia”, “imprudência”, “negligência”, “erro médico”, “veterinária” ou “veterinário”.

Os dados colhidos foram relativos à espécie e sexo, solicitantes de necropsias, procedimentos, negligência, imperícia, imprudência, ausência de nexo e ausência de prova.

Foi desenvolvido um banco de dados utilizando o software Excel®.

14.3 RESULTADOS DOS PROCESSOS DE ERRO MÉDICOS VETERINÁRIOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

No total de 58 ações de recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo para o provimento judicial de ação de erro médico veterinário, 47 (81,1%) eram tutores que perderam a demanda na primeira instância e 11 (18,9%) médicos veterinários apelaram contra o provimento perdido na primeira instância.

Gráfico 13 - Distribuição percentual e número absoluto dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo por parte de tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

No exame descritivo por ano, nota-se um crescimento dos recursos, e quando desmembrados os apelantes, nota-se aumento por parte dos tutores e estabilidade aos médicos veterinários, conforme ilustram os gráficos abaixo.

Gráfico 14- Distribuição em número absoluto de recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo por parte de tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Gráfico 15- Distribuição em número absoluto dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo por parte de tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Quanto ao resultado desses recursos, o egrégio tribunal decidiu por improvimento de 45 (95,7%), e somente 2 (4,3%) de provimento aos recursos impetrados pelos tutores em face dos médicos veterinários, enquanto aos recursos

dos médicos veterinários em face dos tutores foram 6 (54,5%) e 5 (45,5%) de improvimento e provimento respectivamente.

Gráfico 16 - Distribuição percentual sobre as decisões de provimento e improvimento dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo pelos tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Nas motivações das sentenças de improvimento dada aos recursos de segundo grau, constataram-se a ausência de nexo de causalidade 28 (48,3%), falta de provas 19 (32,8%), improvimento comprovadas pelas provas 9 (15,5%) e cerceamento de provas da parte oposta 2 (3,4%).

Gráfico 17 - Distribuição percentual sobre as motivações de decisões de improvemento dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo pelos tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Nos procedimentos que ensejaram os ingressos dos recursos na segunda instância (cirurgia, anestesia e clínica), casos cirúrgicos 37 (63,8%), casos clínicos 19 (32,8%) e casos envolvendo anestesia 2 (3,4%).

Gráfico 18 - Distribuição percentual sobre os procedimentos que motivaram a ingressão dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo pelos tutores e médicos veterinários, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

Quanto à alegação do autor nos recursos impetrados foram categorizados em 41 (41,4%) imperícia, 38 (38,4%) negligência e 20 (20,2%) imprudência, sendo que 41 casos alegaram ocorrer mais de uma ou todas as categorias.

Gráfico 19 - Distribuição percentual das modalidades de culpa que motivaram a ingressão dos recursos de segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo por parte de tutores e médicos veterinários, de processos de erros médicos veterinários, no período de 2008 a 2017

Fonte: Yoshida (2019).

14.4 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DOS PROCESSOS DE ERRO MÉDICOS VETERINÁRIOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Os tribunais de justiça (TJs) são responsáveis por revisar os casos já analisados pelos juízes de primeira instância. No Brasil são 27 TJs, um em cada unidade da federação, conhecidos como segunda instância.

Recorrer a segunda instância é o não consentimento da decisão por parte da perdedora que ocorreu na primeira instância. É uma solicitação, um recurso, para a revisão de julgados por parte dos desembargadores da segunda instância, denominados de apelantes. Enquanto os apelados são aqueles em que o julgador de primeira instância entendeu ser o vencedor da causa litigiosa.

No levantamento dos apelantes, nota-se um número maior por parte dos tutores (81,1%) que recorrem ao segundo tribunal, indicando que na primeira instância houve uma derrota e dada a insatisfação ingressa com uma segunda solicitação

judicial ao seu pleito. Tais observações corroboram com os achados do que culminaram 83% de casos de solicitação judicial por tutores com sentença improcedentes na primeira instância a grande maioria foi baseada em provas insuficientes (SOUZA; MAIORKA, 2018). Quanto aos médicos veterinários, foram 18,9% que recorreram da segunda instância. Quando analisadas de 2008 a 2017, denota-se um aumento crescente de apelantes tutores sendo em 2016 com 7 recursos e 2017 com 10 recursos, enquanto os apelantes médicos veterinários mantiveram constantes, não ultrapassando de 2 (dois) recursos no mesmo período estudado.

Destas decisões, um grande número de improvimentos (95,7%) dos recursos impetrados pelos tutores, frente aos dos veterinários que foram aproximadamente a metade de improvimentos (54,5%). Nesse período, observa-se que, apesar de elevado número de recursos por parte dos tutores, a maioria foi de improvimentos, ou seja, manteve a decisão de ganho por parte dos médicos veterinários na primeira instância.

A maioria da decisão recursal de improvimento ao tutor foi baseada na ausência de nexo de causalidade (48,3%), por entender os julgadores que apesar da existência de provas, por vezes não apresentavam vestígios da veracidade de suas alegações. Outrossim, a falta de provas (32,8%) foi a segunda fundamentação. Em alguns casos, nota-se a ausência total de provas, ao exemplo da parte que pleiteava a revisão sem apresentar testemunhas e/ou provas periciais, somente com as alegações do apelante.

Outra observação a ser citada é a composição da decisão do tribunal com base nas provas do próprio apelante que favoreceu as alegações do apelado (15,5%), como caso de contradição das provas (prova favorável ao apelado) ou mesmo desinformação técnica. Por fim, outra fundamentação quando os julgadores entenderam que a primeira instância suprimiu o direito de prova (3,4%) do apelado.

O estudo do levantamento mostra que o tribunal é severo na exigência de provas, fato este obtido na relutante mudança da sentença ofertada pela primeira instância decorrente dos resultados pautados no âmbito técnico das provas. Essa observação é plausível porque a discussão da matéria exige o conhecimento da área veterinária, restando assim recorrer das provas periciais, uma vez que o julgador não é detentor desse conhecimento.

Não cabe ao judiciário apreciar questões de indagação científica muito menos pronunciar sobre qual tratamento mais indicado para a cura do enfermo. E sim, avaliar

a conduta profissional, em confronto com as provas, se houve ou não falha humana decorrente de erro profissional (CAVALIERI, 2002). A prova pericial será consultada pelo julgador para a sua convicção de sentença, que por sua vez é leigo no assunto. Portanto, o conteúdo deverá ser compreensível, claro, perceptível por lógica de raciocínio do que se pretende provar. Destarte, não é suficiente o levantamento ou mera descrição do fato em lide, mas o nexo causal entre as observações e a conduta do incriminado. A necropsia pode ser para fins científicos, de diagnósticos e para prova pericial, e cada um apresenta interpretação específica. Assim sendo, os quesitos exarados pelas partes e juízo facilitam a elaboração do laudo ou parecer técnico, sob pena de insuficiência probatória.

E a obtenção das provas periciais por parte do tutor é complexa e difícil dado ao seu desconhecimento técnico, aliado a *esprit de corps* da classe, comum na prática da medicina humana: “Neste campo, lamentavelmente, ainda funciona o *esprit de corps*, a conspiração do silêncio, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado” (CAHALI, 2007).

“Ressalte-se, por necessário, a existência de uma instituição que não é prerrogativa da classe médica: o corporativismo – o *esprit de corps* que atrapalha e dificulta, sobremaneira, a jurisdição” (CORREIA-LIMA, 2012).

Assim, caracterizada a hipossuficiência, o Código de Processo Civil permitiu, em seu artigo 373, § 1º, uma intervenção judicial, que atribua o ônus da prova dos fatos discutidos a quem estiver mais próximo dela e tiver maior facilidade para produzi-la, *in verbis*:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que

deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

No mesmo alinhamento, o Código de Defesa do Consumidor, também remete ao artigo 6º, VII, *in verbis*:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos”.

Nesta referida análise cabe ressaltar que além da necessidade da prova das alegações, é necessário que esteja alinhado ao nexo causal, observação esta constatada na primeira instância quando a variável “prova insuficiente” se mostrou fator de proteção para condenação de médicos veterinários, em razão de prevalência de 0,35 (SOUZA.; MAIORKA, 2018).

Quando analisado ao longo dos anos de 2008 a 2017, nota-se uma prevalência maior dos tutores pleiteando a revisão da sentença primária, e que a partir de 2015 há aumento desta procura, diferente dos veterinários insatisfeitos que manteve estável no intervalo de 2015 a 2017. Esta estabilidade permite entender que as condenações de primeira instância por erros médico veterinário são equivalentes entre os anos apesar do aumento das ações por parte dos tutores, e reiterando as observações anteriores, quase metade (45,5%) destes recursos pleiteados por médicos veterinários, são de provimentos.

No estudo dos procedimentos médicos veterinários que motivaram o processo recursal por parte de tutores, foram 37 (63,8%) casos cirúrgicos, 19 (32,8%) e 2 (3,4%) anestésicos. Alguns fatores podem ser presumidos pela elevada motivação ao recurso como dano material, já que o custo da cirurgia é elevado, pela sensação da perda de um animal saudável nos casos de cirurgias eletivas (ex: ovariohisterectomia) e outros como a manutenção dos vestígios de possíveis erros

médicos que são passíveis de avaliação em casos de incisões, suturas, hemorragias, danos teciduais, e outros. Nos casos clínicos, a grande maioria recorre ao profissional quando os animais se encontram em estado de morbidez, fato este que consola o tutor no momento de óbito como uma tentativa de tratamento. Em relação a anestesia, nota-se que o judiciário acolhe a corrente majoritária defendendo como obrigação de meio e o reconhecimento inerentes ao risco da especialidade, comumente previsto no erro profissional. Da mesma forma, estatísticas de processos éticos-profissionais do Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo demonstram que não foram apenados os anestesistas de 2015 a 2019⁵⁸.

Não se confundem as situações em que o risco da anestesia sendo submetido sem os limites da prudência e atenção mínima humana, quando, por exemplo, na ausência de qualquer exame pré-anestésico um anestesiado sofre um efeito colateral.

Nas categorias de alegações do apelante foram contabilizadas as modalidades de culpa que variaram de imperícia (41,4%), negligência (38,4%) e imprudência (20,2%), observado também no trabalho da primeira instância com maior número de imperícia (SOUZA.; MAIORKA, 2018). Estes resultados estão alinhados com a doutrina, pois apesar da divergência de se saber se médico poderia ser imperito uma vez que tenha cursado medicina regularmente reconhecida, a maioria do judiciário entende que o médico pode ser imperito mesmo quando for negligente ou/e imprudente (MELO, 2013).

⁵⁸ Conselho Regional de Medicina Veterinária do estado de São Paulo. Disponível em: < <https://crm-sp.implanta.net.br/portalttransparencia/#publico/Conteudos?id=6043cb96-8a19-4768-8624-bf9ad929236e>>. Acesso em 20 dez. 2019.

15 LEVANTAMENTO DOS CASOS JUDICIAIS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO RELACIONADOS A ÓBITOS DE ANIMAIS EM ESTABELECIMENTOS VETERINÁRIO DE BANHO E TOSA.

15.1 INTRODUÇÃO

O Brasil assume a segunda colocação no faturamento de mercado pet mundial com o total de US\$ 119,5 bilhões, perdendo somente para a China. Atualmente, o segmento de Pet Care (equipamentos, utilidades e produtos para higiene e beleza) brasileiro gerou o crescimento de 6,5% de 2017 a 2018, segundo a ABINPET (2019). Outro cenário importante a destacar é que de 2005 a 2015, o número de pessoas que moram sozinhas aumentou no País de 10,4% para 14,6%, como mostra a Síntese de Indicadores Sociais, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – (IBGE, 2016). Em estudo publicado em 2015 pelo IBGE (2015) concluiu-se que de cada 100 famílias, 44 moram com cachorros e só 36 apresentavam filhos de até doze anos de idade.

Esse crescente interesse pelos animais por parte dos brasileiros é repercutido no contexto político e legal. Assim sendo, os serviços de qualidade de banho e tosa são exigidos para essa nova geração de “filhos”.

O ambiente de banho e tosa envolve vários procedimentos que podem concorrer com acidentes e consequentemente gerar uma prestação de serviço inadequado. A utilização de produtos químicos (shampoos, parasiticidas, perfumes e outros), lâminas de tosa e tesouras afiadas, secadores e água quente, fugas do estabelecimento ou durante o transporte, e num ambiente com outros animais são fatores que além de risco de ferimentos e intoxicações elevam as condições de estresse que prejudicam o bem-estar.

Em 2017, apesar da complexidade do serviço prestado ao animal, Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidiu que não estão sujeitas a registro perante o Conselho Regional de Medicina Veterinária, nem à contratação de profissionais nele inscritos como responsáveis técnicos, as pessoas jurídicas que explorem as atividades de comercialização de animais vivos, venda de medicamentos veterinários, rações, acessórios para animais e banho e tosa. (Temas 616 e 617 do Superior Tribunal de Justiça).

Posteriormente, após a interposição do recurso pelo CFMV (Conselho Federal de Medicina Veterinária) e o CRMV-SP (Conselho Regional de Medicina veterinária de São Paulo), que foram julgados em 25 de abril de 2018, o STJ decidiu que “a contratação de profissionais inscritos como responsáveis técnicos somente será exigida, se houver necessidade de intervenção e tratamento médico de animal submetido à comercialização, com ou sem prescrição e dispensação de medicamento veterinário”. Recurso Especial nº 1.338.942 - SP (2012/0170967-4).

O acórdão embargado se reportou, única e exclusivamente, à comercialização de animais e não expressa para casos de banho e tosa.

15.2 MATERIAIS E MÉTODOS

Nesta etapa, os processos avaliados foram os foros do estado de São Paulo e julgados de primeira instância relacionados aos óbitos de espécies cães e gatos em estabelecimentos veterinários de banho e tosa no intervalo de 01 de janeiro de 2011 a 4 de setembro de 2019. O levantamento dos processos foi via online pelo site do Tribunal de Justiça de São Paulo, pela “consulta”, “banco de sentenças” e “consulta de julgados de 1º grau” pelo portal de serviços e-saj disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/>.

15.2.1 Método no portal e-saj

No portal e-saj há parâmetros de consulta que filtram os processos que serão selecionados. Possui diversos campos: “pesquisa livre”; “número do recurso”; “classe”; “assunto”; “magistrado”; “data”; “comarca”, “data da publicação”, “origem”, “tipo de publicação” e “ordenado por”.

No campo pesquisa livre existem expressões booleanas como “E”, “OU”, “NÃO”, “*”, “?” e “ “ para juntar palavras de interesse à pesquisa processual, para este estudo foram utilizadas as palavras de busca: óbito “OU” animal “OU” banho “OU” tosa.

Para análise estatística dos processos relacionados a óbitos de animais em estabelecimentos veterinários de banho e tosa avaliados no tribunal de justiça do estado de São Paulo, foram extraídos no intervalo de 2011 a 2019, um número total, porcentagens total dos processos de primeira instância, tabelados em categorias de:

os procedimentos que ensejaram o processo (fuga de animais, ausência de provas por parte dos estabelecimentos, internação e outras causas), espécies de animais envolvidos no processo (canina ou felina), alegação do autor tutor (responsabilidade objetiva dos estabelecimentos veterinários), quanto a decisão da sentença (procedentes e improcedentes), quanto à motivação da sentença (nexo de causalidade, provas e ausência de provas).

Fatores de exclusão: não foram contabilizados os processos que antecederam o ano de 2010, pois não havia registros no sistema digital no tribunal de justiça do estado de São Paulo.

Os dados colhidos foram relativos a espécie de animais, resultados de sentenças de procedentes e improcedentes das ações de tutores frente os estabelecimentos veterinários de banho e tosa, causas nos procedentes, como fuga de animais, ausência de prova, internação e outros e nas causas de improcedentes, como Síndrome do estresse respiratório, ausência de prova, doença cardíaca pré-existente e outros.

Foi desenvolvido um banco de dados utilizando o software Excel®.

15.3 RESULTADOS DOS PROCESSOS DE ÓBITOS EM ESTABELECIMENTOS VETERINÁRIO DE BANHO E TOSA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM PRIMERA INSTÂNCIA

O total dos casos resultou em 33 ações de primeira instância no Tribunal de Justiça de São Paulo, onde os tutores impetraram a demanda judicial relacionadas a óbitos de cães e gatos em estabelecimentos veterinários de banho e tosa, no intervalo de 01 de janeiro de 2011 a 4 de setembro de 2019. Dos 33 animais relacionados, somente 1 (3,03%) era gato e 32 (96,97%) cães.

Quanto ao resultado da sentença primária, impetrados por tutores frente aos estabelecimentos veterinários de banho e tosa, 22 (66,67%) foram procedentes e 11 (33,33%) improcedentes.

Gráfico 20 - Distribuição percentual dos resultados da sentença primária impetradas por tutores frente ao estabelecimento veterinário de banho e tosa, registrados no Tribunal de Justiça de São Paulo, no período de 2011 a 2019

Fonte: Yoshida (2019).

As principais causas que sustentaram as fundamentações da sentença primária procedente em casos de óbitos de cães e gatos, foram fugas e atropelamentos de animais quando na guarda dos estabelecimentos, 9 (40,91%) no total; alguns estabelecimentos que não fizeram provas para a defesa, 3 (13,64%); causa de intermação, 4 (18,18%) e outras causas 6 (27,27%), conforme a descrição abaixo.

Gráfico 21 - Distribuição percentual das causas que ensejaram a fundamentação da sentença primária procedente, registrados no Tribunal de Justiça de São Paulo, no período de 2011 a 2019

Fonte: Yoshida (2019).

Quanto à improcedência da sentença judicial, os estabelecimentos provaram ausência de nexo causal sobre as acusações dos usuários (tutores), alegando o Síndrome de Estresse Respiratório 5 (45,45%), Doença cardíaca pré-existente 2 (18,18%) e outras causas 4 (36,36%), conforme a distribuição abaixo.

Gráfico 22 - Distribuição percentual das causas que ensejaram a fundamentação da sentença primária improcedente, registrados no Tribunal de Justiça de São Paulo, no período de 2011 a 2019

Fonte: Yoshida (2019).

Em relação aos valores destinados a ação, na condenação procedente por danos morais, foi média de R\$ 8.426,19 (oito mil, quatrocentos e vinte seis reais e dezenove centavos), sendo que o valor mínimo de condenação foi de R\$ 1.500,00 (um mil, quinhentos reais) e máximo de condenação chegou à R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

15.4 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DOS PROCESSOS DE ÓBITOS DE ANIMAIS EM ESTABELECIMENTOS VETERINÁRIO DE BANHO E TOSA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

No Brasil, segundo um estudo de tendências de mercado do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE (2013)⁵⁹, a diminuição da taxa de fecundidade, por opção dos casais por não ter filhos, ou quando muito, optar no máximo por dois filhos, decorre em famílias cada vez menores contribuindo para o aumento de pets nos domicílios. Eles ajudam a compor as famílias, quando não se tornam a principal companhia para alguns dos seus integrantes. O crescimento da população idosa também contribui para esse aumento no mercado de animais de estimação. Aliado a estas observações, o SEBRAE (2013) aponta, ainda, um aumento do poder aquisitivo da população encorajando os tutores de animais a investirem nos animais, ou seja, adquirindo rações diferenciadas, profilaxia de saúde, vestimentas, e aumentando mais frequência de banho e tosas.

Em 2018, o relatório Situação da População Mundial, do Fundo de População das Nações Unidas, indicou uma média de 1,7 filho por família brasileira, cuja taxa de fecundidade é inferior à média da América Latina que é 2,0 e do mundo com 2,5 Unfpa-ONU (2018)⁶⁰. Segundo a projeção de população do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2016), indica que a partir de 2047 a população diminuirá gradualmente, até chegar aos 228,3 milhões em 2060, com taxa de fecundidade de 1,66.

Nesse contexto social, o mercado voltado ao pet aquece a comercialização de serviços e consequentemente aumentando os seus riscos negativos.

Como qualquer outro estabelecimento prestador de serviços, o banho e tosa também é sujeito aos inconvenientes de uma prestação inadequada, mas outras

⁵⁹[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/852b30c6016749a40cd62871dd0f7552/\\$File/4564.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/852b30c6016749a40cd62871dd0f7552/$File/4564.pdf). Acesso em: 12 out. 2019

⁶⁰ <https://nacoesunidas.org/agencia/unfpa/>. Acesso em: 12 out. 2019

interferências como a própria sensibilidade relacionada a saúde do animal. O exemplo de óbito em animais debilitados ou saudáveis em ambiente de banho e tosa foi constatado em estudo sobre o estresse (MARIA, 2010).

O presente trabalho tem como objetivo analisar os resultados das sentenças judiciais de primeira instância pleiteadas pelos tutores de animais de cães e gatos em face de estabelecimentos veterinários de banho e tosa.

Nas pesquisas feitas do período de 2008 a 2010 não foram encontrados registros no banco de dados do site do Tribunal de Justiça de São Paulo. A implantação do processo eletrônico começou em 2006 alguns processos mais antigos não foram inseridos⁶¹. As novas ações aceitas apenas por meio Sistema de Automação da Justiça (SAJ) iniciou em 2016⁶².

Nos registros de 01 de janeiro de 2011 a 9 de setembro de 2019 foram localizadas 33 decisões de sentenças de primeiro grau relacionados a óbitos de animais de cães e gatos em estabelecimentos veterinários de banho e tosa. Dessas espécies de animais envolvidas nessa pesquisa somente 1 gato foi citado no intervalo de estudo, restante 32 foram cães. Essa ocorrência baixa de felinos se explica pela reduzida procura de serviço de banho e tosa, pois em geral, os gatos são animais que naturalmente se limpam diariamente e despendem grande parte do seu dia na sua higienização, com exceções nas recomendações de tratamentos dermatológicos. Outro fator importante para baixa procura de banho e tosa, é o estresse desencadeado ao felino desde o seu transporte até o final dos procedimentos de estética.

15.4.1 Análise envolvendo os autores da ação e as decisões de primeira instância

Quando os estudos foram as sentenças judiciais, 22 eram decisões favoráveis ao impetrante, ou seja, os tutores frente a estabelecimentos veterinário de banho e tosa, e 11 foram decisões desfavoráveis aos tutores, denotando 66,67% de decisão procedente e 33,33% de improcedentes, respectivamente.

A pesquisa focou as causas de óbitos que ensejaram a ação judicial dos tutores, entre elas animais que empreitaram fugas do estabelecimento de banho e

⁶¹ <http://www.tjsp.jus.br/CemPorCentoDigital/>. Acesso em: 26 out. 2019.

⁶² <https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/tj-sp-primeira-corte-estadual-grande-porte-100-digital>. Acesso em: 26 out. 2019.

tosa, e foram vítimas de atropelamentos fatais, nesses casos os julgadores entenderam que os estabelecimentos, enquanto pessoa jurídica apresentam a responsabilidade objetiva.

O Código Civil (BRASIL, 2002) adotou, expressamente, a teoria objetiva da responsabilidade civil, na esteira da doutrina e jurisprudência, teoria esta que passa a conviver com a subjetiva.

Assim, confirmam-se o art. 927 e seu parágrafo, do seguinte teor:

“Aquele que, por ato ilícito, 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”.

Enquanto que o art. 931 do mesmo código está redigido da seguinte forma: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”. Mas, prossegue o Código Civil, ao enumerar outras hipóteses de responsabilidade sem culpa, no art. 932, *in verbis*:

“São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”.

E reforça o art. 933, quanto à desnecessidade de culpa: "As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Há, nessas situações, responsabilidade por fato de terceiro ou de outrem e pela guarda.

Ainda no Código de Defesa do Consumidor, o artigo 14 é explícito quando descreve:

“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”.

É o caso de animal em fuga quando da guarda do funcionário responsável no estabelecimento veterinário de banho e tosa ou mesmo durante o seu transporte.

A fuga seguida de atropelamento de animais foram as maiores alegações empreendidas nos processos de responsabilidade, totalizando 9 casos com 40,91%. A cautela na posse de animais de terceiros exige desde uma estrutura física adequada no estabelecimento, e principalmente durante o transporte de animais em veículos nos serviços de “busca e entrega”.

Na análise do processo judicial, 3 proprietários de estabelecimentos de banho e tosa não fizeram provas contrárias da causa morte de animais, apenas um simples anúncio da ocorrência fatídica ao tutor. Para esses casos, o judiciário entendeu verídica as alegações do autor da ação (tutor), uma vez que não havendo provas para defesa, restou a sentença procedente.

Outra causa que gerou óbito e conseqüentemente uma demanda judicial foi a intermação. Este é um quadro emergencial, com aumento na temperatura central do

corpo e é resultado da alteração de equilíbrio de calor, quando a produção de calor corporal excede a sua capacidade de dissipação. Clinicamente manifestada por uma elevação alta da temperatura corpórea, comumente acima de 41°C e que, quando não é rapidamente identificada e controlada, representa uma situação de risco à vida (BRUCHIM et al., 2009; ROBERTS et al., 2008; ROZNSKI; RUSH, 2009; FORD; MAZZAFERRO, 2007; TELLO, 2009). Essa síndrome é comumente observada em animais expostos à ambientes com temperatura elevada, com baixa ventilação, úmidos (a umidade diminui a eficiência do mecanismo de evaporação de calor); em animais confinados, submetidos a exercícios excessivos, ao estresse e a outros fatores que prejudiquem a dissipação do calor (FLOURNOY et al, 2003; DROBATZ, 2009; HACKETT, 2004).

Foram constatados 3 casos de intermação, sendo que o único da espécie felina quando este era transportado em caixa sem adequada ventilação, conforme as provas apresentadas no processo. Os demais relataram durante o banho no estabelecimento. E para estes casos o judiciário entendeu que o estabelecimento tem responsabilidade nos óbitos decorrente a intermação, cabendo o cuidado durante a prestação de serviços em relação as condições da patologia, sob pena de sofrer condenação judicial.

Em outras 6 alegações de causas de óbitos nos estabelecimentos foram maus-tratos, queda e agressão por outro animal.

O julgador relaciona o nexos causal com o prejuízo sofrido pelo autor, para tanto, as provas periciais como exames, necropsias, laudos e relatórios médicos veterinários são fundamentais para dirimir o conflito, que nesses casos foram imprescindíveis nas sentenças de decisões procedentes. Mas, a responsabilidade objetiva do estabelecimento pode ser excluída em algumas circunstâncias legalmente definidas. Nos casos quando o agente tiver agido sob uma excludente de ilicitude⁶³, ou quando não houver nexos causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Portanto, quando ausente o nexos causal, não há que se falar em responsabilidade do agente. "Causas de exclusão do nexos causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao

⁶³ Código Civil, 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.

devedor ou agente" (CAVALIERI, 2006). O nexo causal será excluído nas seguintes hipóteses: culpa exclusiva da vítima (ex: art. 14 , 3º, II do Código de Defesa do Consumidor)⁶⁴, fato de terceiro (idem) e caso fortuito e força maior (art. 393 Código Civil)⁶⁵.

Nos casos estudados, todas as sentenças de decisões improcedentes decorreram de ausência de nexo causal, totalizando 11 casos ou 33,33%.

15.4.2 Análise envolvendo as decisões improcedentes de primeira instância

As provas de alegações improcedentes de ausência de nexo causal entre os óbitos e as prestações de serviço foram a Síndrome do Estresse Respiratório.

Trabalhos indicam óbito em ambiente de banho e tosa em decorrência de estresse (MARIA; REGO; MAIORKA, 2013). A ansiedade, agressividade e pânico durante o banho ou tosa, em decorrência de estresse, podem resultar óbito por colapso respiratório em poucos minutos (MARIA, 2010).

O ambiente de banho e tosa, são potenciais precursores de estresse, principalmente físicos, psicológicos e sociais. Pode variar de um quadro de estresse mínimo até imperceptível. Entre algumas causas, a rotatividade de pessoas e de animais, proporcionam novos estímulos visuais, auditivos e olfativos (MARIA, 2010).

No respectivo trabalho, 5 processos judiciais foram motivos de fundamentação na questão da ausência de nexo causal entre a prestação de serviço e o dano experimentado pelo animal, pois a Síndrome do Estresse Respiratório está intimamente atrelada ao animal que inevitavelmente submete-se ao estresse do ambiente, por vezes, independente da qualidade do serviço, tal como foram constatados em muitos relatos durante o depoimento das partes como animais que já eram habituados ao local e de forma inesperada o animal resultou em óbito. Pareceres técnicos e laudos periciais também isentaram a responsabilidade do proprietário dos estabelecimentos perante manifestação intrínseca do animal,

⁶⁴ CDC , Art. 14 . O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

⁶⁵ CC , Art. 393 . O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

mesmo porque o mecanismo envolvido na relação entre o estresse e o óbito por colapso respiratório ainda não está claro (MARIA, 2010).

No mesmo sentido, estudo aponta: “Até mesmo um animal, frequentador assíduo de um pet shop, onde seja manipulado sempre pelo banhista e tosador habituais a cada visita, não estará livre de sofrer estresse” (MARIA; REGO; MAIORKA, 2015).

Da mesma forma, por ausência de nexo de causalidade, as doenças pré-existentes, desconhecidas pelas partes ou suprimidas pelo tutor não podem ser motivos de responsabilidade por parte do estabelecimento. O presente estudo analisou 2 animais com insuficiência cardíaca, devidamente comprovadas em provas periciais apresentadas em juízo. Nesses, os julgadores sentenciaram improcedimentos das ações frente aos estabelecimentos veterinário de banho e tosa. Em um deles, o próprio tutor desconhecia a doença e no outro foi omitido a informação, vez que o animal já estava habituado ao banho e tosa. Muito embora não tenha o liame do nexo causal, é importante o proprietário do estabelecimento anunciar os riscos do serviço que submete os animais ao estresse, já que poderiam eventualmente potencializar determinada patologia pré-existente.

Entre outras causas de improcedimentos, totalizando 4, foram alegações por óbito decorrente ao shampoo, maus-tratos, intussuscepção e uso de anestésico, todos provados em juízo sem nexo de causalidade entre a prestação de serviço e o óbito.

A necropsopia nos animais em óbito foi relevante como meio de prova, principalmente para o julgamento equilibrado e justo, cumpre relatar que no momento de sensibilidade decorrente a perda de um companheiro, o tutor recorre ao judiciário com as provas, muitas vezes inapropriadas, para abrandar a sua dor.

15.4.3 Análise envolvendo os danos morais nas decisões procedentes de primeira instância

Em relação a condenação pecuniária por danos morais decorrente a óbito de animais de estimação é comportamento consolidado pelos Tribunais. Mesmo porque no campo constitucional, a indenização devida a título de reparação do dano moral também se constitui em direito fundamental, consoante previsão expressa do art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, *in verbis*:

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Não há dúvida que a perda do animal de estimação gera sofrimento, perturbação e abalo emocional para o tutor, o que dá ensejo à indenização por danos morais.

Destaca-se que em todos os casos de condenação existe dano moral devido, mas este nunca é devido diretamente ao animal; sempre a indenização, qualquer que seja, é direcionada ao “proprietário” do animal. (MARX NETO, 2007; SINGER, 2013)

Uma das grandes dificuldades na questão de condenação por danos morais é o valor pecuniário inferido a dor de uma perda e o dissabor experimentado pelo tutor. Para avaliar este quantum o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, recomenda: “moderação, razoabilidade e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (REsp 1655632, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

Algumas circunstâncias podem ser levadas em conta, tais como: reprovabilidade da conduta ilícita; intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; condições sociais da parte autora; capacidade econômica do agente ou responsável; compensação à vítima; punição ao ofensor; e coibição da prática de novos atos. A partir da ponderação dessas particularidades com o que se apresenta nos autos é viável fixar o valor adequado.

Conforme conhecida lição de Caio Mário da Silva Pereira (1993):

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o

sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.

O que se notou no respectivo trabalho, em relação aos valores de danos morais em condenações judiciais, pelos Tribunais de Justiça de São Paulo, relacionados a má prestação de serviço de banho e tosa com óbito de animais, presentes a moderação, razoabilidade e bom senso do julgador, o valor médio de R\$ 8.426,19 (oito mil, quatrocentos e vinte seis reais e dezenove centavos), sendo que o valor mínimo de condenação foi de R\$ 1.500,00 (um mil, quinhentos reais) e máximo de condenação chegou a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Interessante destacar que não há indenização por dano moral quando um animal de estimação morre dias após ser comprado, uma vez que o curto tempo de convívio não permite que ocorra a efetiva formação de vínculo afetivo. Esse foi o entendimento da 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para negar Apelação Cível ajuizada em Criciúma (SC). O Relator do caso no TJ-SC, o desembargador Luiz Fernando Boller votou pela reforma da sentença, mantendo apenas a restituição dos gastos e afastando a responsabilização moral⁶⁶.

⁶⁶ Apelação Cível n. 2011.000141-5, de Criciúma Relator: Quarta Camara de Direito Civil Julgado. Des. Relator Luiz Fernando Boller. Julgamento em 21.08.2013. <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24060812/apelacao-civel-ac-20110001415-sc-2011000141-5-acordao-tjsc>. Acesso em: 29 out. 2019.

16 CONCLUSÕES

Segundo as análises e resultados extraídos:

1- Das solicitações de necropsias documentadas dos casos discordantes entre o histórico de solicitações com os achados das necropsias ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte de cães e gatos com base em estudo retrospectivo das necropsias do Serviço do Departamento de Patologia da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo (FMVZ-USP), nas espécies caninas e felinas, no período de 2008 a 2017;

2- Da coleta de dados dos processos judiciais relacionados a erros médicos veterinários avaliados na segunda instância do Tribunais de Justiça do estado de São Paulo do período de 2007 a 2017;

3- Da coleta de dados dos processos judiciais relacionados a óbitos de cães e gatos em estabelecimentos veterinários de banho e tosa na primeira instância do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo do período de 2011 a 2019, concluem-se que:

Aumento gradativo nas necropsias em geral de cães e gatos, semelhante o que ocorre nas necrópsias documentadas de interesse jurídico dos casos discordantes entre o histórico de solicitações com os achados necroscópicos.

A frequência de solicitações de necropsias documentadas de interesse jurídico com discordâncias ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte é discretamente maior para espécie felina, sendo que os machos são mais susceptíveis.

Os médicos veterinários são em maior número absoluto nas solicitações de necropsias documentadas apresentando casos discordantes ou aquelas que geraram dúvidas de causa morte nos cães e gatos, porém notam-se um aumento gradativo dessas solicitações por parte de tutores durante o período estudado. Nos procedimentos, as motivações para essas solicitações foram óbitos decorrentes a anestesia e erros de diagnósticos. Nos procedimentos anestésicos, a esterilização cirúrgica (ovariosalpingohisterectomia ou orquiectomia) foram os destaques.

Quando avaliados modalidades de culpa com base nas solicitações de necropsias documentadas de interesse jurídico dos médicos veterinários e tutores,

notam-se que metade dessas configuram negligência, imprudência e imperícia, e os restantes foram a ausência de nexo causal ou falta de provas. Entre as modalidades de culpa, que gera responsabilidade civil ao médico veterinário, a negligência foi apontada como mais atribuída.

Há um crescimento gradativo nos recursos de segunda instância em erro médico veterinário no Tribunal de Justiça do estado de São Paulo.

Na coleta de dados sobre a decisão judicial versando erro médico veterinário, de segunda instância, no Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, nota-se 96% de improvimento dos recursos impetrados pelos tutores, ou seja, mantendo a maioria da decisão de primeira instância.

A manutenção da sentença primária do tribunal é motivada pela ausência de nexo causal ou falta de provas imputadas aos médicos veterinários.

Os procedimentos de cirurgia e imperícia foram os que determinaram o ensejo dos recursos para a segunda instância.

Nas ações primárias decorrentes de óbitos de cães e gatos em face de estabelecimentos veterinários de banho e tosa, impetradas por tutores, a maioria resultou em sentença procedente baseado na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica.

A principal causa que motivou a ação primária em face de estabelecimentos veterinários de banho e tosa foram as fugas e consequente óbitos por atropelamento de animais que estavam as suas guardas.

Nas sentenças de improcedência das ações primárias impetradas por tutores decorrentes de óbitos de animais em face de estabelecimentos veterinários de banho e tosa, foram motivadas pela patologia relacionada a Síndrome do Estresse Respiratório.

A média dos valores de condenação por danos morais nos casos de óbitos de animais em estabelecimentos veterinários de banho e tosa foram R\$ 8.426,19 (oito mil, quatrocentos e vinte seis reais e dezenove centavos).

17 REFERÊNCIAS

ABATE, A. **Erro médico e a justiça**, CREMEPE, Julho, 2007. Disponível em <<http://cremepe.org.br/2007/07/05/erro-medico-e-a-justica/>>. Acesso em: 02 set. 2018.

AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 718, p. 39-40, 1997.

———. Responsabilidade civil do médico. In: **Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 4-151.

———. Responsabilidade civil do médico. In TEIXEIRA, S. F. (Coord.). **Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 145-146.

ALVIM, A. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, n. 139, p. 171, 1975.

AZEVEDO, A. V. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 244.

BENJAMIN, A. H. V. e in MELO, N. D. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**, São Paulo: Atlas, 2008, p. 13-14.

BERNARDES, A. **Responsabilidade do médico: a diferença entre erro e culpa**. **jus.com.br**. p. 1, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36147/responsabilidade-do-medico-a-diferenca-entre-erro-e-culpa>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BERNARDI, S. L. W. **Erro médico: uma análise frente ao código de defesa do consumidor**. **Revista Âmbito Jurídico**, p. 111, 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2098>. Acesso em: 07 mar. 2017.

BODIN DE MORAES, M. C. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica. Resolução nº 1.931 de 17 de setembro de 2009.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Conselho Federal de Medicina Veterinária. **Código de Ética do Médico Veterinário. Resolução nº 1.138 de 16 de dezembro de 2016.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2016. Disponível em: <[http://portal.cfmv.gov.br/portal/uploads/reso%201138_2016%20portal%20cfmv%20\(3\).pdf](http://portal.cfmv.gov.br/portal/uploads/reso%201138_2016%20portal%20cfmv%20(3).pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Conselho Federal de Medicina Veterinária. **Dispõe sobre os procedimentos cirúrgicos em animais de produção e em animais silvestres; e cirurgias mutilantes em pequenos animais e dá outras providências. Resolução nº 877 de 15 de fevereiro de 2008.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2016. Disponível em: <<http://portal.cfmv.gov.br/lei/index/id/1035>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Conselho Federal de Medicina Veterinária. **Altera a redação do §1º, artigo 7º, e revoga o §2º, artigo 7º, ambos da Resolução nº 877, de 15 de fevereiro de 2008, e revoga o artigo 1º da Resolução nº 793, de 4 de abril de 2005. Resolução nº 1027 de 10 de maio de 2013.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2016. Disponível em: <<http://portal.cfmv.gov.br/lei/index/id/787>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Código do consumidor, Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Dispõe sobre a política de controle de natalidade de cães e gatos e dá outras providências. Lei nº 13.426 de 30 de março de 2017.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13426.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei do meio ambiente. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Código de processo civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** 3ª Turma. REsp. nº 1208949/MG. Relator: Nancy Andrighi. Data de julgamento: 07/12/2010. DJ de 15.02.2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17918471/recurso-especial-resp-1208949-mg-2010-0152911-3>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** 3ª Turma. REsp. nº 1041715/ES. Relator: Massami Uyeda. Data de julgamento: 06/05/2008. DJ de 13.06.2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7080016/recurso-especial-resp-1041715-es-2008-0061823-0-stj/relatorio-e-voto-12825293?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** 3ª Turma. REsp. nº 10536/RJ. Relator: Dias Trindade. Data de julgamento: 21/06/1991. DJ de 19.08.1991, p. 10993. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593239/recurso-especial-resp-10536>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** 4ª Turma. REsp. nº 326014/RJ. Relator: Ruy Rosado Aguiar. Data de julgamento: 28/08/2001. DJ de 29.10.2001, p. 212. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7893723/recurso-especial-resp-326014-rj-2001-0070981-3-stj>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do estado de Rio de Janeiro.** Ac. 3871/96, Reg. 101097, Cód. 96.001.03871. 9º Câmara Cível. Relator. Des. Elmo Arueira. J. 25.09.1996.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do estado de Rio Grande do Sul**. Processo nº 598068245. 6ª Câmara Cível. Relator. Des. Antônio Jandyr Dall'Agnol Júnior. J. 11.11.1998.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do estado de Rio Grande do Sul**. 2003. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18750/a-responsabilidade-civil-decorrente-da-perda-de-uma-chance/3>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

BRUCHIM, Y.; LOEB, E.; SARAGUSTY, J.; AROCHA, I. Pathological findings in dogs with fatal heatstroke. **Journal Comparative Pathology**, v. 140, p. 97-104, 2009.

CAHALI, Y. S. Dano moral. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 116, 2005.

———. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

———. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 348.

CARVALHO, J. C. M. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 8-46.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 318.

———. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 90.

———. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 89.

———. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-91.

———. **Programa de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89.

———. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72-75.

———. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

———. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 142.

———. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 86.

CHAMMARD, G. B.; MONZEIN, P. **La responsabilité médicale**. Paris: Presses Universitaires, 1974, p.137.

CHAVES, A. Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos. **Revista Jurídica**, v. 159, p. 122, 1991.

———. Responsabilidade civil do ato médico – ato médico – contrato de meio. **Revista Jurídica**, n. 207, p. 19, jan.1995.

COLTRI, M. V. Alerta no centro cirúrgico. In **Revista Consulex**, v. 14, n. 320, maio.2010.

CORREIA-LIMA, F. G. Erro médico e responsabilidade civil. Brasília: Conselho Federal de Medicina, **Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí**, 2012. p. 11 ISBN 978-85-87077-25-7
<<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

COSTA, H. A.; COSTA, A. A. **Erro Médico: responsabilidade civil e penal de médicos e hospitais**. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 25.

———. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 60.

———. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

CUNNINGHAM, J. G. Tratado de fisiologia veterinária. In: ROBINSON, N. E. **Homeostase: termorregulação**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, cap. 52, p. 550-561.

DIAS, E. C. Os animais como sujeitos de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 1, n. 1, p. 120, 2006.

DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 353.

———. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 123.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 7, p. 567.

———. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7, p. 61-63.

———. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva 2003, v. 7, p. 32-271.

———. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43.

———. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7, p. 94-95.

DROBATZ, K. J. Heat stroke. In: SILVERSTEIN, D. C.; HOPPER, K. **Small Animal Critical Care Medicine**. Canadá: Saunders Elsevier, p. 723-726, 2009.

FERNANDES, C. F.; PITHAN, L. H. **O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética**. **Revista do Hospital de Clínicas de Porto Alegre e Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 2, p. 78-82, 2007.

FERREIRA, A. B. H. **Dicionário Mini Aurélio**, Século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 234.

FIGUEIREDO DIAS, J.; MONTEIRO, J. S. Responsabilidade médica em Portugal. **Revista Forense**, v. 289, p. 53, 1985.

FLOURNOY, W. S.; WOHL, J. S.; MACINTIRE D. K. **Heatstroke in dogs: pathophysiology and predisposing factors**. **Compendium**, v. 25, n. 6, p. 410-418, 2003.

FRANÇA, G. V. Aspectos médicos-legais em anestesiologia pediátrica. Rio de Janeiro: **Anestesia em Revista**, p. 20, 1998.

———. **Comentários ao código de processo ético-profissional dos conselheiros de medicina do Brasil**, CRMPB, 2001, p. 265-266 apud BARROS JR. E. A. *A Responsabilidade médica*. p. 106.

———. apud CARVALHO, J. C. M. **latrogenia e erro médico sob o enfoque da Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45.

———. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 262-263.

FORD, R. B.; MAZZAFERRO, E. M. **Hipertermia e doença induzida pelo calor** (intermação). Manual de procedimentos veterinários e tratamento emergencial segundo Kirk e Bistner. São Paulo: Roca, 2007, p. 144-145, 265-272.

FUMAROLA, L. A. **Eximentes de responsabilidad civil médica**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 140-141.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43-44.

GHERSI, C. A. **Teoria general de la reparacion de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 92.

GIOSTRI, H. T. **Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 138.

———. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**, Curitiba: Juruá, 2010, p. 76.

———. **Responsabilidade médica, obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 34-199.

GOMES, J. C. M. FRANÇA, G. V. Erro médico. In: *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 244, 1998.

———. **Erro médico:** um enfoque sobre sua origem e consequências. Montes Claros: Unimontes, 1999, p. 25.

GOMES, J. C. M.; DRUMOND, J. G. F.; FRANÇA, G. V. **Erro médico.** Montes Claros: Unimontes, 2001, p. 91.

GONÇALVES, C. R. **Comentários ao código civil**, v. 11, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

———. **Direito civil brasileiro:** parte geral. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 452.

———. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 463.

HACKETT, T. Intermação. In: WINGFIELD, W. E. **Segredos em medicina veterinária de emergência.** Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 78-82.

ITURRASPE, J. M. Responsabilidad civil del medico in KFOURI NETO, M. Responsabilidade civil do médico, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 71, 2010.

JATENE, P. **Iatrogenia em cirurgia plástica.** Informativo Incijur, publicação do Instituto de Ciências Jurídicas, Joinville, Santa Catarina, v. 2, n.13, p. 8, 2000.

KFOURI NETO, M. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 105, 2002.

———. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 91, 2003.

———. Responsabilidade civil do médico, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 71-171, 2010.

———. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 57, 2010.

LIGIERA, W. R. **Direitos do Paciente.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 514.

LIPPMANN, E. Assédio sexual. **Relações trabalhistas: danos morais e materiais**. v. 13, n. 146. **Síntese Trabalhista**, p. 8, 2001.

LUNA, S. P. L. Dor, seniência e bem-estar em animais. **Ciência veterinária tropical**. Recife, v. 11, suplemento 1, p. 17-21, abril. 2008. Disponível em: <<http://rcvt.org.br/suplemento11/17-21.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

MAGALHÃES, T. A. L. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Y. S. (coord). **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 62.

———. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo: Saraiva, 1988.

———. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 91, 2003. Responsabilidade civil. Responsabilidade civil dos médicos. São Paulo: Saraiva, 1988. In: STOCO, R. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 287, 1999.

———. **O Dano Estético: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 69-70, 2004.

MARIA, A. C. B. E.; REGO, A. A. M. S; MAIORKA, P. C. Necropsy findings in dogs that died during grooming or other pet service procedures. **Journal of Forensic Sciences**, v. 58, n. 5, p. 1189-1192, 2013.

MARIA, A. C. B. E. **Principais alterações encontradas em necropsias de cães e gatos que vieram a óbito durante procedimentos em petshops e similares**. 2010, 114 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARIA, A. C. B. E.; SIQUEIRA, A.; SALVAGNI, F. A.; MAIORKA, P. C. **Óbitos de cães e gatos durante procedimentos de banho e tosa: uma realidade pouco conhecida no Brasil**. **Revista de Educação Continuada em Medicina Veterinária e Zootecnia do CRMV-SP**, São Paulo, CRMV-SP, v. 13, n. 2, p. 24-29, 2015. Disponível em: < <http://revistas.bvs-vet.org.br/recmvz/article/view/28823>>. Acesso em: 15 set. 2018.

MARQUES, C. A. M. **A reparação do dano e a dignidade humana**. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11312>. Acesso em: 15 abr. 2017.

MARQUES, C. L. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 827, Ano 93, p. 11-48, set. 2004.

MARX NETO, E. A.; BERTI, S. M. Proteção jurídica dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal (Brazilian Animal Rights Review)**. v. 2, Ano 2, p. 107-113, 2007. Disponível em: <<http://www.animallaw.info/policy/pobraziljourindex.htm>>. Acesso em: 06 out. 2019.

MATIELLO, F. Z. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: LTr Editora, 2006, p. 58.

MCPHEE, S. J. **The Autopsy**: Antidote to misdiagnosis. **Medicine**, v. 72, n. 1, p. 41-43, 1996.

MELO, N. D. **Responsabilidade civil por erro médico**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 50.

———. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência, São Paulo: Atlas, 2008, p. 04-28.

———. **Responsabilidade civil por erro médico**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 100.

———. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2014, p. 150.

MENEZES, T. R. F. **Erro médico e iatrogenia**: causa de exclusão da responsabilidade médica? Artigo científico (Curso de Pós-Graduação). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2010, 31 f., p. 18.

MESA, M. J. L. Teoría general de la responsabilidad civil médica em el derecho argentino y comparado, in **Tratado de Responsabilidad Médica**: responsabilidad civil, penal y hospitalaria, Buenos Aires: Ed. Legis Argentina S. A, 2007, p. 187.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=diagnóstico>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, v. 1, 1999, p.138.

MOLENTO, F. M. **Bem-estar animal: qual é a novidade?**. **Acta Scientiae Veterinariae**, v. 35, p. 225, 2007. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/actavet/35-suple-2/02-ANCLIVEPA.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

MORAES, I. N. Erro médico e a justiça. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 489, 2003.

MORAES, N. C. **Erro médico: aspectos jurídicos**. **Revista Brasileira Cirurgia Cardiovascular**, v. 11, n. 2, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-76381996000200002>. Acesso em: 02 mai. 2018.

MOURA, A. L. O. N; et al. Percepções da relação entre tutor de animais de companhia, acadêmico e médico veterinário. **Revista CFMV**, v. 23, p. 32-33, 2017.

NADER, P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, p. 141, 2010.

NETO, O. C. N. A responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance. **jus.com.br**, 2011. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/18750/a-responsabilidade-civil-decorrente-da-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 10 set. 2018.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 676.

———. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 468-469.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual do Direito Penal, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 244, 2011.

OLIVEIRA, D. U. **A responsabilidade civil por erro médico**. Âmbito Jurídico. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580>. Acesso em: 09 fev. 2017.

PANASCO, W. L. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 112.

PENNEAU, J. **La responsabilité médicale**. Paris: Sirey, 1977, p. 35.

———. La réforme de la responsabilité médicale. **Revue Internationale de Droit Comparé**, n. 2, p. 538, 1990.

PEREIRA, C. M. S. P., **Responsabilidade civil**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 169.

———. **Responsabilidade civil**, n. 49, p. 60, 1993.

Pesquisa Nacional de Saúde, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística** (IBGE), 2013, p. 26. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PESSINI, L. **Distanásia**: até quando prolongar a vida. São Paulo: Loyola, 2001, p. 22.

PESTANA, J. O. M.; PROENÇA, J. M. M. **Ética**: termo de autorização para cirurgias gera debate no CREMESP. **Jornal do CREMESP**, Edição 198, fev.2004. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=304>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

PITHAN, L. H. O consentimento informado no poder judiciário brasileiro. **Revista da AMRIGS**, v. 56, n. 1, p.87-92, 2012.

PRUX, O. I. **Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 180.

QUEIROZ, M. T. C. **Erro médico sob a ótica do direito civil constitucional**: estudo de casos. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://tauil.jusbrasil.com.br/artigos/114413885/erro-medico-sob-a-otica-do-direito-civil-constitucional-estudo-de-casos>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

REIS, C. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 110.

RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 34.

ROBERTO, L. M. P. **Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 150.

ROBERTS, G. T.; GHEBEH, H.; CRISHTI, M. A.; AL-MOHANNA, F.; EL-SAYED, R.; AL-MOHANNA, F.; BOUCHAMA, A. Microvascular injury, thrombosis, inflammation, and apoptosis in the pathogenesis of heatstroke. **Arteriosclerosis, Thrombosis, and Vascular Biology**. v. 28, p. 1130-1136, 2008.

RODRIGUES, D. T. **O direito e os animais**: uma abordagem ética, filosófica e normativa. Curitiba: Juruá, 2009, p. 123.

RODRIGUES, S. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, v. 4, p. 09-165, 2002.

———. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, v. 4, p. 09, 2003.

———. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 4, p. 16, 2007.

ROZNSKI, E. A.; RUSH, J. E. **Choque térmico**: Manual colorido de medicina de urgência e terapia intensiva em pequenos animais. São Paulo: Artes Médicas Veterinária, 2009, p. 201-205.

SALVAGNI, F. A.; DE SIQUEIRA, A.; MARIA, A. C. B. E.; MESQUITA, L. P.; MAIORKA, P. C. **Patologia veterinária forense**: aplicação, aspectos técnicos e relevância em casos com potencial jurídico de óbito de animais. **Revista Clínica Veterinária**, n. 112, p. 58-72, 2014.

SANTANA, L. R.; OLIVEIRA, T. P. Guarda responsável e dignidade dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal (Brazilian Animal Rights Review)**. n. 1, p. 85, 2006, Disponível em: <<http://www.animallaw.info/policy/pobraziljourindex.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

SANTOS, M. C. C. **O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei – implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 90, apud MALUF, C. A. D.; MALUF, A. C. R. F. D. A Responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente in AZEVEDO, A. V.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français – Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*. Tome II – Conséquences ET Aspects Divers de la Responsabilité, 12^a. Ed. Paris: Librairie Générale de Droit ET de Jurisprudence, 1951, p. 402-403 apud SOUZA, Neri Tadeu Câmara. Responsabilidade Civil e Penal do Médico. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 143-144. Em tradução livre do autor: **Responsabilidade respectiva dos diversos médicos que participam do tratamento de um paciente**.

SAVI, S. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60-103.

SCHAEFER, F. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75-76.

———. **Responsabilidade civil médico & erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 62.

SEVERO, S. **Danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 40.

SILVA, D. P. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 642.

SINGER, Peter. **Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 52.

———. **Libertação animal: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais**. Trad. WINCKLER, M.; CIPOLLA, M. B. **Revista Técnica Rita Paixão**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 5.

SOUZA, C. N. A; MAIORKA, P. C. **Análise quantitativa e qualitativa de processos judiciais contra médicos veterinários em primeira instância do Estado de São Paulo correlacionando possíveis fatores de risco ao provimento de sentença.** Simpósio Internacional de Iniciação Científica e Tecnológica da Universidade de São Paulo - SIICUSP. 2018. Disponível em: <<https://uspdigital.usp.br/siicusp/siicPublicacao.jsp?codmnu=7210>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

SOUZA, E. N. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. v. 2, n. 2, p. 16-23, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Eduardo-Nunes-de-Souza-civ.a.2.n.2.20131.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

SOUZA, apud DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 355.

TELLO, L. H. Golpe de calor. **Journal Latino Americano de Medicina Veterinária de Emergência y Cuidados Intensivos**. v.1, n.1, p 27-29, 2009.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. p. 288-289, 1995.

———. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

———. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. p. 725-726, 2001.

———. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p.114-589, 2007.

———. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 209, 2014.

TEPEDINO, G. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: ALVIM, A. et al (Coordenadores). Aspectos controvertidos do novo código civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 301, 2002.

THEODORO JÚNIOR, H. **Dano moral**. Belo Horizonte: Del Rey. 2010, p. 95-96.

TOKARNIA, C. H.; BRITO, M. F.; BARBOSA, J. B.; PEIXOTO, P. V.; DOBEREINER, J. **Plantas tóxicas do brasil para animais de produção**. Rio de Janeiro: Helianthus, 2012, p. 565.

VENOSA, S. S. **Direito civil**: responsabilidade civil. v. 4, São Paulo: Atlas, 2003, p. 13- 78.

VEIGA, apud STOCO, R. Tratado de responsabilidade civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 587, 2007.

WIKINSKI, J. Responsabilidad profesional del anestesiólogo y riesgo anestésico – responsabilidad profesional del anestesiólogo. Qué es la anestesiología? In: **Revista Argentina de Anestesiología**. Buenos Aires, 1995, v. 53, n. 3, p. 195-204.

ZULIANE, E. S. apud NETO, D. C. **Direito médico**: à luz da doutrina e jurisprudência para médicos e residentes. São Paulo. Motres, 2018.