

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

MARIA SULZE RESENDE

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Aracaju
2013

MARIA SULZE RESENDE

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof Esp. José Carlos Santos

Aracaju
2013

MARIA SULZE RESENDE

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção de grau à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

1º Examinador: Prof Me. Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

2º Examinador: Prof Esp. Carlos Magno de Oliveira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico esta monografia a minha família
pela fé e confiança em mim depositadas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão da minha existência. Por seu infinito amor, sublime e essencial em todos os momentos em que me encontrei em desânimo.

Aos meus pais, especialmente à minha mãe Gircélia, que sempre me apoiou nos estudos. Nas horas difíceis, seu amor e carinho foram primordiais.

Aos meus queridos irmãos: César, Carlos, Sueli, Renata e Júnior, pela capacidade que vocês têm em acreditar em mim. Foram seus cuidados e dedicação a mim dispensados, em alguns momentos, que me fez seguir.

Ao ilustre professor e orientador José Carlos Santos, pela paciência, força e apoio sempre. Não há palavras para expressar minha gratidão.

De igual modo, ao coordenador adjunto do curso de direito da FANESE, Vitor Condorelli, por seu profissionalismo, dedicação e compreensão primordial.

Aos demais mestres e professores, e a todos que de alguma forma estiveram presentes em minha vida acadêmica, tornando essa caminhada mais leve e preenchida de numerosos ensinamentos.

A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.

Arthur Schopenhauer

RESUMO

A presente monografia abordou a Responsabilidade Civil, com enfoque, sobretudo na aplicação do instituto ao profissional da medicina. As modalidades de responsabilização aplicadas à reparação dos atos lesivos provocados por estes.

Apresentação do conceito e pressupostos da responsabilidade civil, sua construção ao longo da história, mudanças sofridas pela dinâmica das relações sociais, alterações nos dispositivos legais para que se ajustem às necessidades clamadas pela sociedade e capacidade de transformação para alcance de novas obrigações legais.

Para que o médico seja responsabilizado civilmente por equívocos, são necessárias algumas coisas entre as quais: comprovação de culpa, nexos de causalidade, a ação e a lesão, ônus da prova, com inversão nos casos de hipossuficiência ou verossimilhança a critério do juiz.

A grande relevância do tema apresentado mostra a relação existente entre médico-paciente bem como sua possível responsabilização ou não pelos danos causados da relação deste decorrente.

Palavras-chave: médico; dano; reparação.

ABSTRACT

This monograph addressed the Civil Responsibility, focusing in particular on the implementation of the Institute of professional medicine. The accountability arrangements applied to repair of harmful acts caused by these.

Presentation of the concept and civil liability assumptions, its construction throughout history, changes suffered by the dynamics of social relationships, changes in the legal devices to fit the needs of society and clamadas processing capacity to reach new legal obligations.

So that the doctor be held responsible civilly for misconceptions, few things are required: proof of fault, causation and damage action, burden of proof, with reversal in cases of verisimilitude or weaker position at the discretion of the judge.

The great relevance of the theme presented shows the doctor-patient relationship as well as its possible or not liability for damage of this relationship.

Keywords: doctor; damage; repair.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ..	10
3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	12
3.1 Espécies de Responsabilidade.....	13
3.1.1 Responsabilidade Moral e Jurídica.....	13
3.1.2 Responsabilidade civil e penal.....	14
3.1.3 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	16
3.1.4 Responsabilidade Direta e Indireta	19
3.1.5 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva	20
4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	24
4.1 Ação ou Omissão.....	24
4.2 Dano.....	25
4.2.1 Dano patrimonial/material	27
4.2.2 Dano reflexo ou dano ricochete	28
4.2.3 Dano moral	29
4.2.4 Dano estético	32
4.2.5 Nexo de causalidade.....	33
4.3 Excludentes de responsabilidade.....	35
4.3.1 Caso fortuito e força maior.....	35
4.3.2 Culpa/Fato exclusiva da vítima	36
4.3.3 Culpa/Fato de terceiro.....	36
4.3.4 Cláusula de não indenizar.....	37
5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE.....	39
5.1 Tipos de contrato médico.....	39
5.2 Características do contrato médico.....	40
5.3 Obrigação.....	41
5.3.1 Obrigação de meio e de resultado	41
5.3.2 Obrigação do médico ante a lei 8.078/90.....	44
6 CULPA SENTIDO LATO	47
6.1 Modalidades de culpa médica.....	47
6.2 Perquirição da culpa no caso concreto	49
6.3 Ônus da prova.....	50
7 ERRO MÉDICO.....	53
7.1 Modalidades.....	53
7.2 Perda de uma chance	54
7.3 Excludentes.....	56
7.4 Seguro Médico	57
8 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

A responsabilização civil do Médico vem contribuindo sobremaneira com o aumento nas demandas judiciais, visando reparação por parte dos pacientes em decorrência dos danos sofridos nestas relações.

O bem maior tutelado pelo ordenamento jurídico é a vida, cuja proteção é indiscutível para o direito. O ser humano possui a aptidão de inventar, inovar, de maneira alguma poderia viver sem uma conduta de comportamento aceitável, admissível pelo meio em que vive, pois sem o regramento imposto pelas leis, ocasionaria sérias consequências para a sociedade. Deste modo, o princípio balizador deste trabalho é a apreciação dos fatores que levam à responsabilização do profissional de saúde da área médica, por suas condutas inadequadas ou pela falta delas, que gerem danos aos seus pacientes.

Foram analisadas questões controversas, focalizando novos aspectos, além da análise das peculiaridades da aplicação do instituto da responsabilização civil. Iniciamos com o estudo das perspectivas históricas da responsabilidade civil do médico, sua evolução histórica, o exercício da medicina na humanidade.

Em seguida conceituamos responsabilidade civil, e suas espécies, os pressupostos para a responsabilização civil. A Responsabilidade Civil do Médico, com a abordagem de temas polêmicos, aplicação do Código de Defesa do Consumidor, teoria da perda de uma chance, espécies de erro, excludente e seguro médico.

A metodologia aplicada foi a bibliográfica, através do levantamento de artigos publicados na internet, revistas, código de ética médica, fazendo uso do silogismo, consonantes com a doutrina e jurisprudências e o ordenamento jurídico pátrio.

2 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A evolução histórica deste instituto se faz necessária para uma integral apreensão deste. Para tanto se faz mister estudarmos as antigas civilizações para apreendermos o atual conceito de Responsabilidade Civil.

A História nos relega fatos sociológicos que alicerçam o nosso presente e futuro. Razão pela qual, percebemos a importância de se conhecer, mesmo que superficialmente, as alterações que a responsabilidade médica sofrera ao longo da evolução histórica.

O Código de Hamurabi (1686-1750 a.C.) possuía previsão para os médicos ou cirurgiões que cometessem lesões corporais ou arrebatasse a vida de um homem livre ou escravo. Dedicando em seus enunciados nove artigos regulando a atividade médica e suas relações resultantes. Segundo o referido código, um erro advindo de uma conduta médica que resultasse em deficiência a uma pessoa livre, poderia o médico ser punido com a amputação das mãos, de modo diferente, quando a vítima do erro era um escravo, o médico imperito deveria restituir o valor do mesmo ao seu proprietário.

É de suma importância salientarmos que atualmente ainda encontramos indivíduos que afirmam que somente nos dias de hoje os médicos são responsabilizados pelos seus atos. Fatídico engano, tal afirmação corrobora com o ignorância de fatos históricos. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia*², cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual.

A fim de uma maior contextualização do tema, determinadas proposições carecem serem ventiladas como de vital magnitude para o estudo deste.

O exercício da medicina antigamente era muito limitado, com forte vínculo com a religião. Eram atribuídos aos deuses a maioria dos acontecimentos: saúde,

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p 11. v3.

² Plebiscito aprovado entre o final do séc. III a início do séc. II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bem o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/responsabilidade-civil-breve-historico/24861/#ixzz2T1DOnTuT>. Acesso em: 15/02/2013.

doença, riqueza, pobreza, o êxito ou não nas semeaduras e até o destino da nação, em algumas culturas o médico era visto como um ser divino, um enviado de Deus.

3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra responsabilidade tem a sua origem do termo em latim *respondere*, significa dar resposta a algo, transmitindo o entendimento de restituição ou compensação, de incumbir o lesante por seus atos prejudiciais a outrem.

A ilustre Maria Helena Diniz³ leciona com propriedade que “responsabilidade civil é a aplicação das medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou por simples imposição legal”.

Segundo sua definição, a responsabilidade civil, contempla a noção decorrente de culpa (responsabilidade subjetiva) quanto a que independe de culpa (responsabilidade objetiva).

Já Caio Mário da Silva Pereira⁴ afirma que:

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

Washington dos Santos⁵ instrui Responsabilidade Civil como sendo um “compromisso de contestar, replicar, retorquir ou dar satisfação pelos próprios atos ou de outra pessoa, ou por coisa que lhe foi confiada”.

Enquanto que Sílvio Rodrigues⁶ a determina como “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Para Roberto Senise Lisboa⁷ a “responsabilidade é o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto. Responsabilidade constitui uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento”.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 36.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1990, p 16.

⁵ DOS SANTOS, Washington. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 218.

⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.6. v4.

⁷ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 427. v. 2.

3.1 Espécies de Responsabilidade

3.1.1 Responsabilidade Moral e Jurídica

A responsabilidade moral é proveniente da violação à norma moral, que faz parte da seara do conhecimento do indivíduo, desta maneira, a censura à transgressão não se externalisa, é função da própria consciência.

Ratifica Maria Helena Diniz ao dizer que⁸

A responsabilidade moral, oriunda da transgressão à norma moral, repousa na seara da consciência individual, de modo que o ofensor se sentirá moralmente responsável perante Deus ou perante sua própria consciência, conforme seja ou não homem de fé. Não há qualquer preocupação se houve ou não um prejuízo, pois um simples pensamento poderá induzir esta espécie de responsabilidade, terreno que não pertence ao campo do direito. A responsabilidade moral não se exterioriza socialmente e por isso não tem repercussão na ordem jurídica. A responsabilidade moral, quando a violação a certo dever atingir uma norma jurídica, acompanhará o agente, que continuará sob o julgo de sua consciência, mesmo quando por um julgamento venha a se isentar de qualquer responsabilidade civil ou penal. A responsabilidade moral supõe que o agente tenha: livre arbítrio, porque uma pessoa só poderá ser responsável por atos que podia praticar ou não, e, consciência da obrigação.

Então a responsabilidade jurídica é a resposta do sistema a transgressão de normas jurídicas (de natureza civil ou penal), impondo às condutas infratoras ressarcimento (responsabilidade civil) e pena (responsabilidade penal). Nesta Acepção, afirma Maria Helena Diniz⁹

A responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma vise manter. Assim sendo, se houver prejuízo a um indivíduo, à coletividade, ou ambos, turbando a ordem social, a sociedade reagirá contra esses fatos, obrigando o lesante a recompor o *status quo ante*, a pagar uma indenização ou a cumprir pena, com intuito de impedir que ele volte a acarretar o desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas o imitem.

Afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁰ que “a diferença mais relevante reside na ausência de coercitividade institucionalizada na norma moral, não havendo a utilização da força organizada para exigir o cumprimento, uma vez que esta é monopólio do Estado”.

Depreende-se então que à medida em que a responsabilidade moral tem

⁸ Ob. cit., p 19.

⁹ Idem.

¹⁰ Ob. cit., p 4.

seus princípios contidos na consciência do sujeito, a responsabilidade jurídica os tem na lei. Assim sendo, as obrigações genuinamente morais encontram medida repressiva no foro pessoal do sujeito ou nos regramentos religiosos, e as obrigações jurídicas encontram medidas repressivas na lei.

3.1.2 Responsabilidade civil e penal

Atualmente, a responsabilidade jurídica está dividida em responsabilidade civil e penal, cujas diferenças serão delineadas.

Maria Helena Diniz¹¹ situa com perfeição a distinção entre responsabilidade civil e penal ao expor:

No caso de ilícito civil o interesse diretamente lesado é o interesse privado. O ato do agente, reputado ilícito, pode não ter violado ou irrompido norma de ordem pública, mas inobstante, pode haver causado dano a alguma pessoa, motivo pelo qual, o desencadear da obrigação ressarcitória se impõe. A reação do ordenamento jurídico, em tal hipótese, será representada pela condenação do agente à indenização a ser paga para a vítima do dano experimentado.

A responsabilidade penal busca a reparação do dano social, causado ao conjunto social, sem repercussão patrimonial direta à sociedade, atentando contra a liberdade da pessoa do agente, como forma de reprimir o ato ilícito, sem se importar com equilíbrio econômico abalado. Merecedor de olhares o seguinte julgado, ante a similitude com a assertiva acima, que assim podemos descrever com o seguinte detalhe: "O direito civil é mais exigente que o direito penal, pois, enquanto este cada vez mais focaliza a pessoa do delinquente, aquele dirige sua atenção para o dano causado, objetiva a necessidade do ressarcimento e do equilíbrio".

Compreende-se que a responsabilidade civil se restringe no roubo de bens de alguém, ou seja, se até dominantemente à ordem patrimonial e/ou moral, atentando-se apenas com a restauração do ressarcimento resolutivo do dano, seja patrimonial, seja extrapatrimonial.

A responsabilidade penal não apara a preocupação com a reparação do equilíbrio econômico ou moral da vítima. A atuação repressora do ordenamento jurídico, apesar de igualmente combater os danos, não possui foco basilar no dano causado a uma particular, e sim no dano causado à coletividade, mesmo considerando o particular solitariamente, este é parte integral da sociedade.

Ainda nos diferencia a autora ao afirmar que

¹¹ Ob. cit., p 20.

Enquanto a responsabilidade penal pressupõe a turbação social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação de norma penal, exigindo para restabelecer o equilíbrio social, investigação da culpabilidade do agente. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado. A responsabilidade civil, por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *status quo ante* ou numa importância em dinheiro.¹²

Em seu artigo 5º, inciso XXXIX, CF, prevê, que a responsabilidade penal se ajusta no princípio *nulla poena sine lege*, significa dizer que não haverá crime nem pena sem lei anterior que os defina como tal, porquanto o legislador codifica nos Códigos Penais as ações que poderão ser lesivas à paz social, e que, como tal, ocasionam responsabilidade penal ao agente. Enquanto que na responsabilidade civil, a coisa ofendida é de um particular, que necessita obter o ressarcimento do dano. Nesse ínterim, alguma ação ou omissão que lesar direito ou causar dano a terceiros, poderá suscitar a responsabilidade civil.

Ressalva-se, que um mesmo dano poderá implicar as duas responsabilidades, sem que haja *bis in idem* em tal ocasião. Segundo os autores Pablo Stolze Gagliane e Rodolfo Pamplona Filho¹³, isto se deve justamente ao significado de cada responsabilização e pelo julgamento da transgressão do bem jurídico tutelado.

Em nosso país, se faz necessário mencionar que, as jurisdições penal e civil são autônomas. Contudo, em determinadas circunstâncias a deliberação penal refletirá na cível.

Conforme explicação de Sílvio de Salvo Venosa¹⁴

Como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, em princípio a responsabilidade penal ocasiona o dever de indenizar. Por esta razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos art. 91, I, do Código Penal, art. 63 do Código de Processo Penal e 584, II do Código de Processo Civil.

Não podemos discutir no cível a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se estas questões foram decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada (art. 64, CPP, art. 935 CC).

¹² Ob. cit., p 121.

¹³ Ob. cit., p 6.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p 28. v.5.

De outro lado, a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto à autoria, ou a quem reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influência na ação indenizatória que pode revolver autonomamente toda a matéria em seu bojo.

É fundamental ter ciência de quando uma decisão na esfera penal poderá repercutir na esfera cível, tendo em vista que ambos são independentes, e especificamente (trânsito em julgado), existirá interferência de um ramo no outro. Porque o ordenamento jurídico procurou promover a restauração dos danos civis ocorridos de crime.

Demonstra-se tal asseveração no caso de sentença penal condenatória transitada em julgado, ser acatada na esfera cível como um título executivo. Constitui-se falar que prescinde do processo de conhecimento, promovendo, consecutivamente, a obtenção de ressarcimento.

3.1.3 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Ao diferenciarmos a Responsabilidade Civil é imprescindível que se acrescentem quatro partes, a saber: a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação ou o nexo de causalidade e a lesão.

A presença de um contrato entre as partes indica a Responsabilidade Contratual, com um sujeito ativo e um sujeito passivo. De tal modo o sujeito passivo ao vincular as quatro partes da Responsabilidade Civil (ação ou omissão, acrescidos à culpa ou dolo, nexo e a conseqüente lesão) em relação ao sujeito ativo, ensejada pela conexão jurídica entre ambos, incidirá na denominada Responsabilidade Civil Contratual.

Semelhante à Responsabilidade Extracontratual, igualmente chamada de aquiliana, o sujeito não possui para com a vítima vínculo contratual, entretanto, possuindo, vínculo legalístico, o sujeito quer seja por ação ou omissão, somados ao nexo de causalidade e culpa, ocasionará à vítima um prejuízo.

O Código Civil em seu artigo 186 fundamenta ambas as responsabilidades de forma genérica, *in verbis*: artigo 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.

Isto posto verificamos que a diferença está unicamente entre ambos os tipos de Responsabilidade Civil no fato da primeira está vinculada por meio de um contrato entre as partes, enquanto que a segunda é originada quando do inadimplemento de um dever legal.

A Responsabilidade Jurídica é classificada por alguns autores levando em consideração o fato gerador, classificando-as em responsabilidade contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual surge de um rompimento acordo de vontades, de termos previamente pactuados, tendo como dispositivo legal disciplinado no artigo 389 do Código Civil, dispondo que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”.

Conquanto o renomado autor Carlos Roberto Gonçalves¹⁵ assegura que “Na responsabilidade contratual o agente descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Isto porque existe uma convenção prévia entre as partes, que não é adimplida”.

Corroborando com o tema Maria Helena Diniz leciona¹⁶

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

Observa-se a existência de um vínculo jurídico precedente entre o sujeito ativo e o sujeito passivo nesta responsabilidade, determinados por convenções contratuais. Assim caberá a prova de qualquer excludente de responsabilidade, ou algo congênere ao contratante descumpridor.

Entretanto a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, surgirá de um descumprimento normativo, isto é, violação de obrigações previstas em lei, quer seja subjetivamente (com culpa) ou objetivamente (sem culpa). Tem-se a denominação

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p 26.

¹⁶ Ob. cit., p 119.

extracontratual por não ser derivada de um contrato, mas sim de uma ação ilícita.

Tal responsabilidade encontra diploma legal nos artigos 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”, e 927, “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. E assim prossegue em seu 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”, ambos do Código Civil.

Instrui Carlos Roberto Gonçalves¹⁷ que “na responsabilidade extracontratual nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito”.

Maria Helena Diniz¹⁸ também enriquece o debate ao dizer que

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

Observa-se não possuir sequer uma ligação jurídica entre o causador da lesão e a vítima nesta espécie de responsabilidade, surgindo apenas quando um ato culposo for praticado, em sentido lato.

Outros doutrinadores por sua vez divergem sobre a necessidade ou não de diferenciar responsabilidade contratual de extracontratual. Contudo, Sílvio Rodrigues¹⁹ ensina que “dentro do sistema do Código Civil brasileiro a distinção deve ser mantida, pois, enquanto os artigos 389 e ss. cuidam da responsabilidade contratual, seu artigo 186, conjugado com 927, trata da responsabilidade aquiliana”.

Conforme apresentado, visualizamos que desigualdades acentuadas

¹⁷ Ob. cit., p 26.

¹⁸ Ob. cit., p 121.

¹⁹ Ob. cit., p 8.

existem entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, mormente no que se refere ao ônus da prova, havendo a necessidade de demarcações nas distinções por serem fundamentais.

3.1.4 Responsabilidade Direta e Indireta

Quando um agente através de seus atos causa danos, chamamos de responsabilidade direta, pois este responde em decorrência de seus atos. Denomina-se ainda esta categoria de simples ou por fato próprio, pois deriva dos atos do agente que causou o dano. Sua ação ou omissão é atribuída já que viola direito de outrem ou causa lesão, com a comprovação do nexo de causalidade e a lesão.

Maria Helena Diniz²⁰ ainda classifica a responsabilidade civil em direta e indireta, tendo em vista o agente que praticou a ação, ao nos instruir que

“A responsabilidade será direta se proveniente da própria pessoa imputada, o agente responderá, então, por ato próprio. E será indireta ou complexa se propagar 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”.

Enquanto isso João Monteiro de Castro²¹ garante que

Ordinariamente, a responsabilidade se dá pela prática de fato próprio, sendo também chamada direta, em contraposição com a dita responsabilidade indireta ou complexa. Assim, nos termos do artigo 927 do Código Civil, aquele que pratica um ato ilícito e causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Há situações em que, para possibilitar à vítima efetivo ressarcimento, pois muitas vezes o praticante do fato lesivo está subordinado juridicamente à outra pessoa, física ou jurídica, e não conta com recursos para a reparação, é necessário desbordar o nexo causal entre o dano e o causador do dano, para alcançar a pessoa a quem o lesador tem relação jurídica. É o que se dá na responsabilidade indireta.

A responsabilidade indireta é excepcional e ocorre quando alguém se vê chamado a responder por fato que não praticou, mas praticado por quem tenha consigo uma relação jurídica específica. Então, na responsabilidade indireta, existe a figura de um intermediário, vale dizer, o causador direto do dano, juridicamente subordinado ao responsável indireto, pessoa que a lei autoriza a que se chame para reparar o prejuízo.

Mas a responsabilidade civil por fato praticado por outrem não é arbitrária nem aleatória. Ou seja, a vítima não pode escolher ao seu exclusivo talante quem venha ressarcir seu prejuízo.

²⁰ Ob. cit., p 120.

²¹ CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005, p 64.

No direito pátrio, os casos em que alguém pode responder por ato praticado por outrem estão expressamente numerados no art. 932 do Código Civil.

Confirma Sílvio de Salvo Venosa²² ao dizer que

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

Em seu artigo 932 o Código Civil disciplina a responsabilidade indireta. Enumerando cinco ocorrências de responsabilidade indireta decorrentes de atos praticados por terceira pessoa: do patrão por ato do empregado em serviço, dos donos de hotéis por seus hóspedes, do tutor e do curador pelos atos dos pupilos e dos curatelados, e dos pais por atos dos filhos menores.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, fincada na teoria do risco, é uma das condições aplicadas à responsabilidade indireta.

3.1.5 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

Ao delinear os neste tópico as particularidades da responsabilidade objetiva e subjetiva, abrangeremos seus componentes basilares e suas diferenças, assim, passaremos a compreender perfeitamente seus elementos para uma melhor fruição na doutrina geral da responsabilidade civil.

A culpa do agente é a base da Responsabilidade Civil Subjetiva, cabendo à vítima a sua comprovação para que haja o dever de indenizar.

Conforme esta teoria só pode responsabilizar o agente causador do dano diante da prova de sua culpabilidade. Não sendo apenas satisfatório que a conduta humana cause o dano ou prejuízo, mas que para tanto seja alicerçada na comprovação de que o agente agiu com culpa em sentido lato, que envolve culpa em sentido estrito e dolo.

O Código Civil em seu artigo 186 adota esta teoria “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz²³

²² Ob. cit., p 32.

“a responsabilidade será subjetiva se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar”.

Entretanto, Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁴ definem que

“a responsabilidade subjetiva é decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, a obrigação de indenizar é consequência do ato ilícito”.

Nos reafirma Sílvio Rodrigues²⁵ em dizer que “a responsabilidade subjetiva depende de um comportamento culposo do agente causador do dano, de modo que a prova da culpa é indispensável para que surja o dever de indenizar”.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva dispensa a culpa e se dá por satisfeita tão somente com a conduta, o dano e o nexo de causalidade, baseando-se apenas na Teoria do Risco Criado ou Risco da Atividade.

A ideia de culpa é abstraída na caracterização da responsabilidade, pois da relação de causalidade entre o agente e a vítima emana o dever de compensar o dano causado, sendo presumida ou desnecessária a sua comprovação desta por parte do agente.

O artigo 927, parágrafo único do Código Civil prevê aplicação a responsabilidade objetiva quando

“Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (caput). 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”.

Interpretando o citado artigo, podemos inferir que em somente duas possibilidades poderá ser aplicada a responsabilidade civil objetiva, ou seja, quando houver expressa previsão legal ou quando resulte de atividade de risco, a primeira hipótese está prevista nos artigos 932 (responsabilidade indireta) e 936 do Código Civil, enquanto que a outra hipótese é uma cláusula aberta, ou seja, é um conceito

²³ Ob. cit., p 121.

²⁴ Ob. cit., p 14.

²⁵ Ob. cit., p 11.

legal indeterminado.

Através da teoria do risco, resta demonstrar que o profissional que causar dano a outrem, assume o risco e repara o prejuízo que de sua conduta venha ocorrer, independentemente de isenção de culpa. Haja visto que a responsabilidade decorrerá do risco inerente a atividade e não da culpa.

Sílvio Rodrigues²⁶ nos ensina que

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

Maria Helena Diniz²⁷ afirma que

“Responsabilidade objetiva se funda no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência de nexos causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar”.

Para alguns autores foi relegado ao magistrado a discricionariedade para conceituar atividade de risco outrora coubesse apenas ao legislador tal função. Observa-se várias concepções na ideia central do risco, entre as quais: teoria do risco criado, risco integral, risco-proveito, risco excepcional e do risco do profissional, entretanto Sérgio Cavalieri Filho²⁸ as explica:

Na teoria do risco-proveito a responsabilidade incorre sobre aquele que adquire algum proveito da atividade danosa. De acordo com essa teoria, a vítima do fato lesivo teria de provar a obtenção do proveito, ou seja, do lucro ou vantagem pelo autor do dano.

A teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar sempre decorre de um fato prejudicial à atividade ou profissão do lesado, tal como ocorre nos danos causados por acidente de trabalho.

O risco excepcional é aquele que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça, a exemplo dos casos de acidentes de rede elétrica, exploração de energia nuclear, radioatividade etc.

Na teoria do risco criado, aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo se houver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo. Diferem as teorias do risco-proveito e a do risco criado ao passo em que, nesta última,

²⁶ Ob. cit., p 11.

²⁷ Ob. cit., p 120.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1992, p. 24.

não se correlaciona o dano a um proveito ou vantagem do agente.

Por fim, a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco, porquanto nela se dispensa até mesmo o nexos causal para justificar o dever de indenizar, que se faz presente somente em razão do dano, ainda que nos casos de culpa exclusiva da vítima”.

Fica claro, que na responsabilidade subjetiva, o fato gerador é um ilícito, determinado ao lesante o dever de indenizar o prejuízo mediante a comprovação de culpa em sentido amplo por parte do lesado.

Por outro lado a responsabilidade objetiva, mesmo em atividades lícitas, entretanto, se causarem prejuízo a outrem, quem as exercer, será obrigado a ressarcir, simplesmente através do implemento do nexos causal entre a atividade/conduita e o dano, pautada na Teoria do Risco.

4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Muitos doutrinadores divergem ao determinar os pressupostos da responsabilidade civil. Com diferentes conclusões sobre seus elementos, a saber:

Os pressupostos imprescindíveis são: a ação, o dano e nexos de causalidade.

Já para Sílvia Rodrigues²⁹ apresenta quatro essenciais pressupostos, sendo eles: ação ou omissão do agente, culpa, relação de causalidade e o dano.

Apontam-se de igual modo quatro elementos: ato ilícito, culpa, dano e nexos de causalidade.

Já Roberto Senise Lisboa³⁰ afirma que os elementos da responsabilidade civil são de duas categorias: os essenciais (partes, dano e nexos de causalidade) e o acidental (culpa).

Entretanto, as informações de Maria Helena Diniz são mais persuasivas, levando em consideração que o nosso ordenamento jurídico ampara em seu artigo 927, parágrafo único do Código Civil, a responsabilidade objetiva (prescinde de culpa para sua caracterização), não se pode aceitar a culpa (sentido lato sensu) como pressuposto essencial da responsabilidade civil.

4.1 Ação ou Omissão

O comportamento humano, quer seja por ação ou por omissão, é o que causa lesão ou avaria a outrem. É a ação do agente ou de outro sob a responsabilidade deste que causa resultado nocivo seja por dolo, negligência, imprudência ou imperícia. É a ação que suscita dever de reparação. O comportamento humano poderia ser na acepção da prática eventual do agente de ação que não deveria fazer, ou do fato de não cometer o que deveria ser cometido.

Ensina Maria Helena Diniz³¹ que

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

²⁹ Ob. cit., p 18.

³⁰ Ob. cit., p 473.

³¹ Ob cit., p 40.

A autora ainda aclara suas ideias³²

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágio, terremoto e inundações, etc.

O mestre Sílvio Rodrigues³³ alude que

“A indenização deriva de uma ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou se omitindo, infringe um dever contratual, legal ou social. A responsabilidade resulta de fato, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que deveria tomar”.

Entretanto Carlos Roberto Gonçalves³⁴ diz que “essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”.

Considerados preenchidos o pressupostos da responsabilidade civil, ação ou omissão, o agente ao praticar conduta positiva ou negativa que transgrida um dever legal, deverá está atuando, convicto de responsabilidade em juízo.

4.2 Dano

Apresentado como o grande vilão da responsabilidade civil: “o dano” o é de fato sem sombra de dúvida o maior de todos. Pois sem a sua existência não teríamos como falar em ressarcimento, em indenização. Não existe responsabilidade sem dano, mas pode existir responsabilidade sem culpa. O dever de indenizar somente surgirá quando um agente praticar ato ilícito que cause danos a outrem. O dano está localizado no cerne da norma de responsabilidade civil. A obrigação de reparação implica o dano, pois sem o mesmo não existe ressarcimento devido. Não satisfaz apenas o risco de dano, não satisfaz apenas a conduta ilícita. Ausente um resultado concreto, prejudicial ao patrimônio econômico ou moral, não se comina a obrigação de reparar. O Código Civil expressa em seu artigo 927 nesta acepção: "Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a

³² Ob. cit., p 40.

³³ Ob. cit., p 19.

³⁴ Ob. cit., p 36.

repará-lo." Já o artigo 186, fala em transgredir direito e provocar dano. De igual forma o artigo 927 em seu parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, [...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem." Ainda na responsabilidade objetiva, fundamentada em alguma modalidade de risco, quer seja, risco criado, risco proveito ou risco profissional etc., o dano é componente principal. Em síntese, sem a ocorrência de dano, não existirá o que reparar, mesmo que a conduta seja culposa ou até mesmo dolosa. Caso um prédio devido à falta de manutenção venha abaixo sem que haja dano a outros bens ou pessoas; um motorista que comete uma infração de trânsito, mas não atropela nem avaria outro veículo, não existirá o que se indenizar.

Conclui-se coerentemente a seguir: Ato ilícito não é aquilo que os penalistas denominam de crime de mera conduta; pois sempre será um delito material, resultando um dano. Haverá responsabilidade penal sem dano, mas não responsabilidade civil. Indenizar sem dano implica enriquecimento ilícito; enriquece quem recebe sem causa e penaliza a quem paga, pois a finalidade do ressarcimento é de todo sabido, reparar o prejuízo sofrido pelo vitimado, restaurando o estado inicial antes da prática do ato ilícito. Caso o lesado não sofra avaria alguma, a toda ênfase, não existirá ressarcimento algum. Afirmativa esta, que grande parte dos autores, aludi que o dano apesar de fato constitutivo, também determina a obrigação de reparar.

Quando o ressarcimento do dano moral não era admitido, a classificação do dano consistia na redução do patrimônio da vítima. Atualmente, tal classificação se revelou insuficiente frente aos novos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em relação ao dano moral, além da razão não patrimonial de seu caráter. Dano passa então a ser conceituado como o decréscimo ou redução de um bem jurídico, seja de natureza patrimonial ou faça parte da própria personalidade da vítima, tais como, a imagem; a honra; a liberdade etc. Em síntese, dano é um prejuízo a um bem jurídico, moral ou patrimonial, originando-se a versada classificação do dano em moral e patrimonial.

4.2.1 Dano patrimonial/material

Necessariamente precisamos definir patrimônio devido como dano patrimonial vincular a lesão em sua definição. Patrimônio é uma generalidade jurídica formada pela reunião de bens de uma pessoa. O dano patrimonial é a lesão concreta, que prejudica um interesse pertencente ao patrimônio da vítima, trata-se do estrago ou perda, integral ou parcial, de seus bens materiais, sujeitos a cálculo pecuniário e de ressarcimento pelo culpado.

O próprio nome dano patrimonial igualmente chamado de dano material, afeta os bens que compõem o patrimônio da vítima, compreendendo como o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa considerável economicamente. Acepção esta, não ser merecedora de concordância total dos doutrinadores, por abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, é válido descrever ter o mérito de compreender não somente as coisas corpóreas, assim como, o livro, a casa, o automóvel, por fim, o direito de propriedade, somadas as coisas corpóreas, como o direito a credibilidade. A concepção de prejuízo, prevista no artigo 159 do Código Civil de 1916, decorrente de uma lesão a um direito, assinalava o dano material, ou de modo como alguns autores preferem, o dano material abarcava o concreto abatimento do patrimônio, quer fosse corpóreo ou incorpóreo.

A seguir observaremos a transgressão dos bens personalíssimos, tais como: a saúde, a reputação, o bom nome, a imagem e a própria honra, podendo causar reflexos no patrimônio da vítima, provocando prejuízo de receitas ou práticas de despesas, o profissional da área de saúde, que tem sua imagem difamada, perde pacientes, configurando dano patrimonial indireto para alguns autores.

O dano patrimonial é capaz de ser avaliado pecuniariamente, possuindo o condão de reparação, senão inteiramente, através de reparo natural ou restabelecimento do estado anterior à lesão, pelo menos de forma indireta equitativamente ou compensação pecuniária.

É válido salientar que o dano material pode ter alcance sobre o patrimônio presente e futuro da vítima, diminuindo, reduzindo, evitando seu crescimento e progresso. Dividindo-se assim o dano material em dano emergente e lucro cessante.

Também chamado como dano positivo o dano emergente, implica no decréscimo do patrimônio, um prejuízo causado a vítima, o que foi perdido realmente, sendo praticamente mais fácil ser avaliado, pois decorre unicamente de dados reais. Quando um veículo colide, o custo da reparação do dano emergente é o custo para reposição da coisa ao seu estado inicial. Em caso perda total do veículo ser o seu valor venal.

Já o lucro cessante em sua expressão legal, representa aquilo que fora deixado de lucrar pela vítima. É uma projeção contábil de difícil cálculo. Nessa suposição, o lucro cessante corresponderia ao que a vítima perceberia acaso não ocorresse o dano. A lei capitula que a compensação não pode transformar-se em uma ferramenta de captação de lucro. Conforme o exemplo do automóvel abalroado, deverá ser calculado quanto o proprietário deixou de perceber em decorrência do seu não uso.

O magistrado, ao arbitrar deverá ter o cuidado para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, puramente incerto ou dano remoto, sendo apenas uma decorrência indireta ou mediata do ato lícito.

4.2.2 Dano reflexo ou dano ricochete

Inovação doutrinária e jurisprudencial o dano reflexo ou em ricochete, tem sua raiz no Direito Frances, tal modalidade de responsabilidade civil enseja a indenização a terceiro, vítima indireta do dano, mas que alcançada reflexamente pela conduta danosa. Analisando de modo particular, aqueles que foram alcançados indiretamente pelo fato lesivo, designando esta típica classe de dano, criaram-se as expressões dano reflexo ou dano em ricochete.

Trata-se então de danos morais reflexos, circunstância em que, conquanto a ação tenha sido perpetrada diretamente contra determinada pessoa, suas implicações restam por alcançar, indiretamente, a integridade moral de outrem, implicando reparação, pois constitui direito personalíssimo.

O ofensor deve corrigir todo o dano gerado conforme o nexo de causalidade. Inicialmente os danos causados reflexamente não seriam indenizados. Mas a lei possui uma exceção nos casos de morte, cujos dependentes podem pleitear indenização. Tal conclusão decorre da leitura do o artigo 948, II, do Código Civil, que admite que aqueles

que conviviam sob dependência econômica da vítima de homicídio pleiteiem ressarcimento.

O conhecimento do dano em ricochete está categoricamente em concordância com um dos objetivos fundamentais da responsabilidade civil, não consentir que um indivíduo ocasione dano a outrem, desse modo, é mais do que justo que o dano causado mesmo por via reflexa seja indenizado pelo agente que originou o prejuízo.

Adverte-se que é a única exceção que o ordenamento pátrio abre ao preceito geral de que o direito à compensação pertence tão só a quem suportou diretamente o dano.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. REVISÃO DO VALOR ESTIPULADO A TÍTULO DE DANOS ESTÉTICOS E MORAIS PARA A VÍTIMA, DOS DANOS MORAIS REFLEXOS PARA FILHO E MARIDO DA VÍTIMA E DA PENSÃO. REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. 1. Cuidam os autos de ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos ajuizada por vítima de erro médico contra o Estado do Maranhão, em razão de, ao submeter-se a um parto cesariano na maternidade pública estadual foi esquecida uma compressa cirúrgica em seu abdômen o que acabou por ocasionar septicemia (infecção generalizada). 2. O Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No particular, o Tribunal de origem, ao considerar as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, entendeu por bem majorar a condenação a título de danos estéticos e morais para a vítima, arbitrando-os, respectivamente, em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) e R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), e elevar o valor da indenização por danos morais para marido e filho da vítima, fixando-os, respectivamente, em R\$ 50.000, 00 (cinquenta mil reais) para o primeiro e R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil) para o segundo. A pretensão trazida no especial não se enquadra nas exceções que permitem a interferência desta Corte, uma vez que o valor arbitrado, em face dos parâmetros adotados por esta Corte para casos semelhantes, não se mostra irrisório ou exorbitante. Incidência da Súmula n. 7/STJ. 3. Com relação ao pensionamento, o tribunal local apenas considerou adequado o valor de 4 salários mínimos para o caso, já que, diante das seqüelas físicas sofridas, houve perda parcial da capacidade laborativa. Proceder nova análise probatória para redimensionar a pensão, fazendo juízo entre a capacidade de trabalho perdida e a repercussão econômica na vida do autor, ultrapassa os limites constitucionais do recurso especial, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial não conhecido

4.2.3 Dano moral

Atualmente não se debate, se o dano moral é ou não indenizável, muito menos, se é cumulável com o dano material, aliás, discute-se o que venha a ser

dano moral. Ponto inicial para a solução de todos os questionamentos sobre o dano moral, bem como a sua valoração.

Nesse diapasão, existem definições para todas as aspirações. Alguns preferem o aspecto contrário, por eliminação, que realmente nada diz. Dano moral consistiria naquele desprovido de caráter patrimonial, isto é, o dano não material, seria qualquer tormento que não fosse causado por um prejuízo financeiro. Já para os que preferem o aspecto positivo, dano moral é aflição, agonia, humilhação, amargura, angústia, desconforto, afinal, dor na alma.

O dano moral lesa os interesses não patrimoniais ocasionados às pessoas físicas ou jurídicas. A Constituição Federal de 1988 consagrou de modo categórico, a propagação do dano moral, prevista em seu artigo 5º, inciso V “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e prossegue em seu inciso X” São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Possuidor de direitos personalíssimos (direito ao nome, à imagem, à honra, direito à moral) o ser humano tem assegurado em nosso ordenamento jurídico respaldo quando ao dano moral. Direitos não patrimoniais, conseqüentemente, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis, inalienáveis. Nesse ínterim, a sociedade deve respeitar esses direitos, oponíveis, *erga omnes*. A sua transgressão clama uma sanção, isto é, uma compensação pelo dano causado à vítima. O dano moral afeta o espírito, o ânimo e o íntimo intelecto da vítima. Afeta o conjunto de bens e interesses de direito íntimo do ofendido. Qualificados como morais os danos em face da subjetividade, ou do nível valorativo da pessoa na coletividade, repercutindo o fato transgressor, existindo para tanto, um alcance nos aspectos mais intrínsecos da individualidade humana (o da individualidade e da consideração particular), ou até mesmo da interna valoração pessoal no meio onde convive (o da honra ou estima social).

Dito de outro modo, danos morais são males sofridos pelo indivíduo em seu patrimônio pretense, em oposição ao patrimônio material, a soma de tudo insuscetível de valor econômico.

É o prejuízo que lesa o ânimo psíquico, intelectual e moral da vítima. Atua internamente nos direitos da personalidade. Nesse contexto, o dano perpassa pelo

estranho, visto que dificulta o estabelecimento de uma justa indenização pelo dano. No entanto, não é qualquer desconforto trivial na vida que gera indenização. O mais importante é o critério objetivo do homem mediano: o psiquismo do homem demasiadamente emotivo não será levado em conta, cujos fatos diuturnos da vida os afligem, nem tão pouco o homem insensível ou de pouca sensibilidade, sujeito a resistir sempre às incivildades do acaso. Não existindo, dessa forma, receitas que ampare o juiz nessa valoração. O magistrado se valerá do sentimento que cada caso impele na coletividade em que ocorre o fato.

Nessa linha, vem decidido a jurisprudência brasileira ao afastar tendência de reparar danos de pequena monta, que não apresentam gravidade relevante. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o mero aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada, estão fora da órbita do dano moral. Desse modo, somente deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, de forma anormal, interfira no comportamento psicológico do indivíduo.

Três teorias tentam explicar o dano moral: Teoria da cumulação, da não cumulação e da irreparabilidade do dano moral, a saber.

A Teoria da cumulação, o dano moral e material são cumuláveis na indenização, cujo ordenamento pátrio adotou, encontrando-se sumulada.

A Teoria da não cumulação por sua vez, impossibilita a cumulação de indenização por dano moral mais dano material, tendo sido superada esta teoria.

E por fim, a Teoria da irreparabilidade do dano moral que defende a tese da não indenização deste, por não se ter como avaliar financeiramente um bem imaterial. Sendo também superada, pois fora demonstrado que o ressarcimento seria prestado de forma equivalente a coisa violada.

O STJ editou a súmula 37 decidindo que “São cumuláveis a indenização por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, seguindo a corrente da Teoria da Cumulatividade.

Então, o ordenamento jurídico está em completa harmonia no pleito de indenização cumulada por dano moral e material.

4.2.4 Dano estético

Dano Estético corresponde a toda mudança morfológica da pessoa, que além do defeito, suscita alterações ou deformidades, aberrações ou marcas, mesmo que ínfimos, implicando sob qualquer prisma que não torne belo a vítima, podendo ser uma simples lesão que cause desgosto ou exponha permanentemente ao cômico ou complexo de inferioridade, proporcionando ou não diminuição na competência laboral.

O dano estético empreende uma agressão nas sensações de autoestima, embarçando a opinião pessoal do ser humano. Mancha a reputação que aquele possui de si. Não faz mister que haja exposição, exteriorização, nem ser de grande apreço para que fique caracterizado a sequela física como dano estético. Até mesmo imperfeições em regiões íntimas da vítima, que raramente, sejam perceptíveis no convívio social ou estejam ao alcance dos demais para que seja determinado como dano estético, tendo em vista as alterações anatômicas. Apesar de ínfimas, o possuidor de tais alterações em circunstâncias íntimas percebe-se acometido de aflição e martírio.

Pode ainda, afetar perduravelmente, as funções motoras ou orgânicas, alterando sua aparência ou porte físico. Podendo causar deformidades que impeçam o exercício laboral exercido antes do incidente. Dano estético tem abrangência vasta, não sendo apenas uma deformidade, mas qualquer imperfeição por pequeno que seja traduza uma aparência disforme, ou simbolizando para a vítima uma razão de agrura, desconsolação, desprazer, dissabor, mágoa, pesar e sofrimento. A regular percepção visual não é fundamental, servindo para um importe maior na reparação. Não importa o local da imperfeição, pois há regiões que para determinadas pessoas não possuem significação enquanto que para outras sim. Por exemplo, podemos citar uma cicatriz no rosto em uma esplêndida modelo, no auge da carreira, deveras, via de regra não trará tão grande prejuízo caso a mesma cicatriz vitime uma pessoa que não dependa de sua imagem como instrumento de trabalho.

Por fim, o dano estético atinge frontalmente a personalidade, cumulando-se com danos morais, sem que ocorra bis in idem. Sendo avaliado de forma autônoma ao dano moral. Esse entendimento originou pelo Superior Tribunal de Justiça a súmula 387 “É lícita à cumulação das indenizações de dano estético e dano

moral". Cristalizando a cumulação do dano moral estético, indenizando-os independentemente. Para tanto, aquele Egrégio Tribunal entende que é preciso distinguir e apurar em separados os dois danos, mesmo sendo oriundos do mesmo fato exemplo: uma criança que foi atropelada por um veículo conduzido na contramão: dor sofrida em razão do acidente - dano moral - dor em razão da deformidade - dano estético. Segundo esse entendimento quando algo ocasiona um defeito na aparência do lesado capaz suplantar os limites da dor moral, resta caracterizado o dano estético.

É importante inteirar que o dano estético encontra previsão no Código Civil em seu artigo 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".

O dano estético foi uma inovação decorrente das evoluções da sociedade, cada vez mais intransigente com as circunstâncias de dano.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. FRATURA DE PULSO. DEMORA NO DIAGNÓSTICO E CONSOLIDAÇÃO VISIOSA. PRESENÇA DE DEFORMIDADE ESTÉTICA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL. A prestação do serviço médico em causa se deu por prepostos do demandado, razão pela qual responde este por eventuais danos decorrentes do atendimento. Dever de indenizar decorrente da atuação desidiosa dos prepostos. Responsabilidade médica é subjetiva (art. 14, §4º, do CPC e art. 186 do CC). Realização de perícia técnica, que concluiu não ser possível afirmar a correção dos procedimentos, considerado o resultado final do tratamento dispensado. A demora no diagnóstico da presença de fratura no pulso da autora, apesar da realização de exames radiológicos, e a posterior consolidação viciosa do pulso, ocasionando a presença de deformidade estética, configuram a hipótese de dano moral. Desnecessidade de prova do prejuízo concreto. O valor da indenização deve ser fixado de acordo com as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, bem como com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Pedido de custeio de cirurgia reparadora indeferido. Conclusão da perícia pela impossibilidade de correção cirúrgica da deformidade. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº 70050661297, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 13/12/2012)

4.2.5 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade é a união entre a conduta e o resultado lesivo dela resultante. Requisito indispensável para que brote a obrigação de indenizar.

A descrição de nexos causal, relação de causalidade ou nexos etiológico, cuja derivação se deu através das leis naturais. É o elo de união entre o agente e a

conduta com o dano. Trata-se de um componente essencial. A culpa é dispensada na responsabilidade objetiva, mas jamais dispensará o nexo causal. Pois sem que haja a determinação do nexo causal a vítima jamais poderá responsabilizar alguém não existirá ressarcimento. Pois em casos concretos a relação de causa e efeito não é facilmente estabelecida.

A conexão entre a lesão e a ação denomina-se nexo “causal”, de forma que o ato lesivo deve ser originário da ação, inteiramente ou como sua decorrência previsível. Tal vínculo simboliza, então, uma conexão importante, essencial entre o fato danoso e a ação que o determinou, de tal sorte que está é considerada como sua causa. De tal forma que está é avaliada como sua origem. Contudo, não se faz essencial que o dano seja resultado imediato do fato que o originou. Satisfará apenas que seja verificado se a lesão não existiria de o ato lesivo não tivesse acontecido. Pois este poderá não ser a sua razão imediata, caso seja condição da lesão, o agente responderá pela sua decorrência.

Alguns autores expõe três teorias esclarecedoras a respeito do nexo de causalidade, consistem em: Teoria da relação causal imediata, Teoria da causalidade adequada e Teoria da equivalência dos antecedentes.

A Teoria da relação causal imediata apenas responsabiliza uma pessoa caso sua conduta realizada acarrete de maneira imediata e direta lesão a vítima. Destarte, alguma ocorrência diversa que ocorra como efeito normal de eventos é considerada causa adversa, rompendo com o vínculo de causalidade.

Enquanto que a Teoria da causalidade adequada o evento lesivo é contemplado à luz dos precedentes imprescindíveis e apropriados para o seu acontecimento. Sendo assim, somente aquilo que demonstra ser imprescindível para a consolidação do resultado faz parte do nexo de causalidade. Logo, tão somente a causa fundamental e a condição adequada ao acontecimento do evento são os subsídios de valor para esta teoria.

E finalmente para a Teoria da equivalência dos antecedentes são considerados como fatos importantes todas as forças que tomaram parte do acontecimento cujo resultado fora danoso, tais forças devem ser avaliadas como causa, que desta forma, é condição *sine qua non* para conferência, confirmação do resultado. De tal forma, que a totalidade dos antecedentes resultantes em prejuízo

deve de igual forma ser levados em conta pelo legislador frente a norma jurídica, com finalidade de imputando-lhe responsabilidade civil.

A doutrina majoritária entende que tanto o Código Civil de 1916 e 2002, adotaram a teoria da causalidade adequada.

4.3 Excludentes de responsabilidade

A doutrina majoritária divide os excludentes de responsabilidade em: força maior, caso fortuito, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, e na esfera contratual, a cláusula de não indenizar.

4.3.1 Caso fortuito e força maior

Força maior confirma um evento originário do ato alheio (fato de outrem) que está longe das forças que o sujeito tem para contestar, como, por exemplo, greve, guerra, etc. Entretanto, no caso fortuito não tem como ser previsto, pois é um evento de ordem natural gerando efeitos no mundo jurídico, assim como os tornados, quedas de raio, maremotos, tsunamis, inundações, etc.

Caracterizados pelos requisitos: o objetivo, pois não tem como evitar o evento, e o subjetivo que não possui culpa na produção do evento.

O código Civil admitiu expressamente o caso fortuito e a força maior, com excludentes de responsabilidade, ao dispor no artigo 393 “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

A expressão caso fortuito ou força maior são flexíveis e extensas, proporcionando ao juiz seu comumente uso, podendo se apresentar como ferramenta benéfica para correção das aberrações que a própria vida proporciona. Fazendo-se valer deste alvedrio e evitando uma análise objetiva, demasiadamente rigorosa, talvez consiga o magistrado aproximar-se de conclusões que visem e atendam o melhor interesse da sociedade. O próprio Código Civil não apresenta diferenças entre caso fortuito e força maior, embora, tendenciosamente infere-se que caso fortuito está ligado a um acontecimento decorrente da conduta humana, conquanto que a força maior esteja atrelada a eventos externos a vontade humana.

4.3.2 Culpa/Fato exclusiva da vítima

A culpa exclusiva da vítima exclui qualquer responsabilização do gerador do dano. A vítima atura todos os estragos, pois o agente causador do dano é apenas um dos componentes do incidente, sem que se possa falar em nexo de causalidade entre seu ato e o dano. Fato este que ocorre quando uma pessoa se joga na frente de um veículo em alta velocidade, sem chance de o condutor evitar tal acidente sendo atropelada, por conseguinte. Nessa situação o condutor do veículo não contribuiu para o evento, serviu apenas como meio, de modo que não há em que se falar em sua responsabilidade.

Elucidando outra forma, a culpa concorrente, ou seja, quando vítimas contribuem para a ocorrência do dano, tanto a responsabilidade quanto a indenização serão divididas, fracionadas a culpabilidade conforme a amplitude da culpa.

O Código Civil em seu artigo 945 dispõe que: “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”.

Portanto, a responsabilidade concorrente acontece quando as duas partes atuam com qualquer das modalidades de culpa (imprudência, negligência e imperícia).

Deste modo, observa-se que exclusivamente a culpa exclusiva da vítima suprime a obrigação de indenizar e não a culpa concorrente.

4.3.3 Culpa/Fato de terceiro

Fato de terceiro é qualquer pessoa exceto a vítima ou culpado. Quando este é causa específica do prejuízo, inexistente relação de causalidade entre a conduta do apontado responsável e a vítima. Desta forma, se um terceiro efetue disparo dentro de uma viatura, desobriga o condutor de responsabilização pela lesão sofrida pelo passageiro baleado. De fato, entre o condutor e a vítima havia um contrato cuja obrigação seria transportá-lo ileso, até o local avençado. É claro que o contrato não fora cumprido. Contudo, é evidente que o condutor foi incapaz de cumprir o avençado em virtude do fato do terceiro, ao disparar a arma de fogo, acertando a

vítima. Fato este, inevitável e imprevisível, originado de terceiro, constituindo motivo exclusivo do descumprimento do condutor, que fica liberto da obrigação de indenizar.

O fato de terceiro para eximir a responsabilidade de reparação do agente direto do dano, deve possuir os atributos parecidos ao do caso fortuito, sendo invencível e aleatório, desta forma, o nexó de causalidade não estará completo, afastando a probabilidade de reparação.

Sendo o fato de terceiro causa parcial do evento lesivo, resultar-se-á de igual modo tal qual a culpa concorrente da vítima. Dividindo-se a responsabilidade conforme o grau de culpa, este sendo, o grau de causalidade de cada um.

4.3.4 Cláusula de não indenizar

É o acerto entre as partes, onde a responsabilidade pela lesão ocorrida, exige a reparação que resultar da inexecução ou execução inapropriada do objeto do contrato, anuído entre as partes, lesão esta que, sem a determinada cláusula, a reparação seria efetuada.

Esta cláusula de isenção da responsabilidade somente é aceita contratualmente. Portanto, se estipulada que o dano causado a um dos contratantes não se obriga reparação, a responsabilidade do agente restará afastada, não por inexistência da conexão entre razão e resultado, mas em face da convenção avençada. Com isso o risco é transferido para a vítima. Esta convenção tem o condão de alteração nos riscos do contrato, que são transferidos contratualmente para a vítima.

Discute-se então acerca da legitimidade de tal convenção. Imoral para alguns, pois vai de encontro ao interesse social. Sendo vedada, sobretudo nos contratos de adesão resguardando o hipossuficiência de uma das partes. Enquanto que outros a defende especialmente devido ao princípio da autonomia das vontades, que livres para pactuar desde que lícito o objeto contratado. Em nosso ordenamento jurídico não contempla cláusulas de irresponsabilidades. Eram nulas as cláusulas que reduzia as responsabilidades das estradas de ferro. A jurisprudência não admitia tal entendimento que foi corroborado com a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal que “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não

indenizar”. Também o Código Civil em seu artigo 734, prescreve que: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade”. A lei 8.078/1990 o Código de Defesa do Consumidor é aplicado hoje em dia por volta de 80% dos contratos, sem admitir esta cláusula nas relações de consumo. Em decorrência do seu artigo 24 em que veda “... a exoneração contratual do fornecedor”. Já seu artigo 25 institui que “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”. Ainda se dado por não satisfeito o seu art. 51 torna nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, aquelas que “impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

Nota-se que nesta excludente há inúmeras vedações e limitações, que devem ser respeitadas para que a cláusula de não compensação, indenização apresente uma aplicabilidade real.

Acrescenta-se que as excludentes de responsabilidades não são taxativas, diante disso, determinados autores acrescem legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, estado de necessidade, dentre outras.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE

Perdurou por muito tempo uma polêmica em torno da natureza jurídica da relação existente entre o médico e o paciente. Situação devida à inclusão do erro médico no rol dos atos que ocasionaria ressarcimento pela sua ilicitude, não sendo derivada do inadimplemento da obrigação ou inobservância desta, previamente acordadas.

Em regra os profissionais liberais unem-se a seus clientes contratualmente, e desta maneira compreende-se porque o exercício do ofício imagina o dever de executar atividade estabelecida avençada.

Portanto, havendo outras situações modificativas na natureza da responsabilidade médica, trasladando-a para a seara da extracontratualidade.

Em serviços prestados arbitrariamente, ou seja, espontaneamente, onde o paciente não tem vontade de intervir. Por exemplo: atendimento a mal súbito em via pública onde um médico transitava pelo local. É evidente que o paciente não tem como consentir, estaria impossibilitado para tanto.

5.1 Tipos de contrato médico

Admitem-se como viáveis os seguintes contratos entre o médico e o paciente: contrato de trabalho, de serviços, o mandato, a locação de mão-de-obra, contrato multiforme ou proteiforme, o contrato *sui generis*/atípico/inominado e finalmente o contrato de assistência médica.

Uma corrente dominante entende como sendo um contrato *sui generis*, por exemplo, possuir normas próprias que regulam os serviços médicos, não encontrando previsão nos contratos nominados.

Contrato *sui generis* não é disciplinado formalmente pela lei, mas devido ao crescente número nas relações humanas tem sido permitido, se o seu objeto for lícito, produzindo assim efeitos no mundo jurídico, protegendo a iniciativa da autonomia privada.

A legislação não contempla esta espécie, sendo assim, figura atípica. Para fazer-se valer não precisa formato específico, nem de demarcação precisa do objeto em seus detalhes, tão pouco valoração e formas de pagamento. Sua forma é categoricamente livre, fazendo mister, apenas a existência do liame entre as partes,

gerando direito e deveres relacionados.

5.2 Características do contrato médico

As características do contrato médico não possuem divergência entre os doutrinadores, podemos citar como peculiaridades corriqueiras aos tipos de contrato médico:

Contrato *intuito personae*, consistindo em ações confiáveis entre as partes, especialmente, quando da relação de escolha do médico pelo paciente.

Da qualidade de ser *intuito personae* derivada da capacidade de rescisão do contrato efetuado pelo médico-paciente, comum a ambas as partes. Faculta-se ao médico a desistência voluntária, livre, bastando para tanto que tal atitude não ofereça riscos ao paciente sem privar-lhe dos cuidados necessários. Tal capacidade permanecerá sempre que a obrigação esteja em curso, desde que não haja prefixação de resultado determinado término fixo. Pois se o profissional está vinculado a um ato específico, ou tratamento deliberado, sua inadimplência unilateral imotivada acarretará responsabilização por parte deste.

É um contrato contínuo, pois carece de um espaço de tempo ininterrupto. Para preparação da análise, e o posterior tratamento, clama-se por um período, segundo a sua maior ou menor gravidade que o caso apresente. Porém, devido à personalidade do fato, a rescisão do contrato poderá se dar por ambas as partes a qualquer tempo.

O contrato médico geralmente admite obrigações recíprocas. Ao médico cabe o cuidar do paciente, restando-lhe remuneração pelo paciente; caracterizando um contrato “sinalagmático” (sem que haja por parte do médico a prestação do serviço de forma não onerosa). Ao término das obrigações o contrato é extinto.

O médico atua dentro da área civil, pois as atividades dos profissionais liberais são afetas à esfera do direito mercantil, excluindo o caráter comercial do contrato do médico.

Costumeiramente os contratos possuem a forma livre e não formal, entretanto, se faz necessário que a lei estabeleça circunstâncias específicas para a comprovação deste. Temos como exemplo o transplante de órgãos, fazendo parte a retirada e implante dos órgãos.

Os atos lícitos devem ser sempre o objeto do contrato médico, quer seja, nos

tratamentos, cirurgias autorizadas pela lei e disposições éticas, administrativas, morais reguladoras do exercício da medicina impostas ao paciente. Ao agir culposamente as obrigações contratuais são descumpridas ou mal cumpridas, confere ao infrator a obrigação de reparação da falha ocorrida, incidindo em uma responsabilidade de natureza.

Pois o contrato médico-paciente é *sui generis*, isto é, sem previsão legal, sendo elencado doutrinariamente as características fundamentais apresentadas nesta espécie de contrato.

5.3 Obrigação

A relação entre médico-paciente é contratual em regra, ou seja, as partes possuem obrigações recíprocas, que devem ser cumpridas podendo ser penalizadas ingressando na seara da responsabilidade.

A palavra obrigação origina-se do latim, *obligatio* e, possuía no direito romano o significado de vinculação de direito ligando uma pessoa a outra.

Por ser uma relação jurídica rápida de caráter breve e econômico, une duas pessoas ou mais, um credor e um devedor, com o objetivo de contraprestações, ou seja, nada mais do que uma relação jurídica.

É válido elucidar a diferença entre responsabilidade e obrigação: Resumidamente a obrigação é uma relação jurídica onde o devedor se obriga a determinada prestação conferindo ao credor a exigência desta. Por conseguinte responsabilidade decorre juridicamente e patrimonialmente do descumprimento desta prestação.

5.3.1 Obrigação de meio e de resultado

A obrigação de meio é aquela em que o profissional se obriga a empenhar todos os esforços possíveis para a prestação de determinados serviços, não existindo qualquer compromisso com a obtenção de um resultado específico.

Já a obrigação de resultado é aquela que o profissional garante a consecução de um resultado final específico. Situação que se impõe aos cirurgiões plásticos na execução das cirurgias plásticas embelezadoras, ao contrário, o mesmo

cirurgião plástico quando nas cirurgias plástica-reparadoras, estará assumindo uma obrigação de meio.

O Superior Tribunal de Justiça tinha o entendimento de que se a obrigação contratada fosse de resultado a responsabilidade do profissional liberal, era objetiva. Assim, unicamente quando a obrigação viesse a ser de meio seria imputada a responsabilidade subjetiva, nos moldes do artigo 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Importante destacar que tal entendimento não era pactuado com parte da doutrina. Esteiam que não existiu por parte do legislador a finalidade de criar regime específico para os profissionais liberais no tocante a responsabilidade de meio e de resultado. O que buscou o legislador foi excepcionar a regra da responsabilidade objetiva, imputando aos profissionais liberais a responsabilidade subjetiva. Desse modo, não haveria como atribuir responsabilidade objetiva aos profissionais liberais, mesmo perante a obrigação de resultado, ante a falta de autorização legal para tal interpretação. O que pode ocasionar na obrigação dita de resultado é a inversão do ônus da prova quanto à culpa, isto é, haveria o que é denominado de culpa presumida, em que o profissional seria incumbido de provar que não agira com culpa. Observe que a comprovação de culpa seria imprescindível, diferente do que ocorre na responsabilidade objetiva. Teríamos então, segundo este raciocínio, a culpa comprovada nos casos de obrigação de meio e a culpa presumida diante da obrigação de resultado.

Em recentes julgados, os Tribunais de Justiça Estaduais em consonância Superior Tribunal de Justiça, vêm aplicando a responsabilidade subjetiva aos profissionais da medicina nas obrigações de meio bem como nas obrigações de resultado, sendo que esta última importa a presunção de culpa.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. DIMINUIÇÃO DE MAMAS. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CONSENTIMENTO INFORMADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. 1. A obrigação decorrente de procedimento cirúrgico plástico embelezador é de resultado, sendo atribuída ao médico, portanto, nestes casos, responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida, em atenção ao disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Restando comprovado nos autos que as queixas relatadas na inicial estão de acordo com os resultados usualmente obtidos em procedimento cirúrgico a que se submeteu, não há que se falar em dever indenizatório. 3. Sentença reformada, na íntegra. 4. Sucumbência redistribuída. APELOS PROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação

Cível Nº 70053664603, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 10/04/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. APLICAÇÃO DO ART. 14, §4º DO CDC. CIRURGIA DE REALINHAMENTO DO SEPTO NASAL (OBRIGAÇÃO DE MEIO) E DE RECOMPOSIÇÃO ESTÉTICA DO NARIZ (OBRIGAÇÃO DE RESULTADO). RESULTADO NÃO SATISFATÓRIO QUANTO À CIRURGIA ESTÉTICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANO MATERIAL AFASTADO. A responsabilidade pessoal do médico é subjetiva e, por conseguinte, deve ser provada a culpa, pois incidente o § 4º do art. 14 do CDC. No caso, considerando que, conjuntamente, o médico realizou dois procedimentos de natureza diversas na paciente, deve-se atentar no que se refere à cirurgia estética, que a obrigação é de resultado, e, por sua vez, a correção do septo nasal é obrigação de meio. Comprovado apenas nos autos, a insatisfação com o resultado da cirurgia embelezadora, a indenização deve a ela se restringir. Pedido indenizatório reconhecido com relação aos danos morais decorrentes do resultado falho da cirurgia estética. Valor indenizatório fixado em valores módicos, em atenção à extensão dos danos. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO, por maioria. (Apelação Cível Nº 70045294584, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 13/09/2012)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento. RESP - RECURSO ESPECIAL - 236708

Percebe-se então, que ao que parece há um novo entendimento quanto a se a atividade assumida pelo médico for de resultado, mesmo quando contratado para efetuar cirurgia estética embelezadora. Segundo os julgados acima nas obrigações de meio, cabe à vítima demonstrar o dano e comprovar que ocorreu a culpa do médico e, nas obrigações de resultado basta que a vítima demonstre que não obteve o resultado prometido ou esperado ao pactuado para que a culpa presuma-se, ocorrendo ao a inversão da prova. A obrigação de resultado não impede ao médico de comprovar nos autos que a inoocorrência do êxito ocorreu devido a eventos danosos decorrentes de fatores externos a sua atuação, tais como: caso fortuito, força maior ou mesmo por culpa exclusiva da vítima.

5.3.2 Obrigação do médico ante a lei 8.078/1990

Em 11.03.1991 entrou em vigor o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com o objetivo de regular as relações reputadas de consumo. São aquelas firmadas entre fornecedores e consumidores. O artigo 2º da lei 8.079/1990 define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Já em seu artigo 3º, conceitua fornecedor como toda pessoa jurídica ou física, privada ou pública, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de construção, criação, produção, montagem, etc., ou comercializa produtos ou presta serviços.

Por sua vez, o profissional médico se enquadra no conceito de fornecedor, por prestar serviço de cunho intelectual ao paciente, que por sua vez se enquadra no conceito de consumidor, pois é o destinatário final do serviço. Portanto, a ligação ajusta-se ao conceito de consumidor, haja vista a utilização do serviço pelo destinatário final. Por conseguinte ser uma relação entre médico-paciente uma relação de consumo, sujeito assim ao Código de Defesa do Consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO NÃO COMPROVADO. DIAGNÓSTICO. CONDUTA ADEQUADA. PERÍCIA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Responde objetivamente o Hospital pelos danos causados aos seus pacientes, de acordo com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, enquanto que a responsabilidade do médico é subjetiva, sendo indispensável à apuração de culpa para o dever de indenizar. 2. Não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento, restando afastado pelo laudo pericial a negligência, imprudência ou imperícia na assistência médica prestada a parte autora RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70053507596, Quinta Câmara

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 27/03/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. AJUIZAMENTO DA DEMANDA NO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. POSSIBILIDADE. Trata-se de ação de reparação de danos sofridos em razão da imperícia dos requeridos que acarretou a paraplegia do autor, sendo aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor (art. 14 do CDC). Com a aplicabilidade do CDC ao caso em tela, impõe-se a observância da regra insculpida no art. 101, inciso I, do CDC (a ação pode ser proposta no domicílio do autor), por se tratar de norma especial que se sobrepõe à norma geral, no caso, o Código de Processo Civil. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC, PELA MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. (Agravo de Instrumento Nº 70053840427, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/03/2013)

Entende-se por profissional liberal aquele que faz uso do seu conhecimento como ferramenta de trabalho, serviço este prestado individualmente. Entretanto, existem atualmente categorias reunidas em empresas de prestação de serviço, tais como: cooperativas de médicos, hospitais, centros médicos, etc.

Tal exceção, porém, é aplicada somente às pessoas jurídicas prestadoras de serviços através de profissionais liberais as quais façam parte. Fazendo referência somente ao serviço executado pelo profissional liberal, respondendo os fornecedores de insumos e serviços prestados pelo profissional objetivamente pelos vícios que o apresente.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO HOSPITALAR. INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO CLÍNICO. QUEDA DA PACIENTE. FRATURA DE COLO DE FÊMUR. CIRURGIA PARA COLOCAÇÃO DE PRÓTESE NO QUADRIL ESQUERDO (ARTROPLASTIA). FATO DO SERVIÇO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE PRESERVAÇÃO DA INCOLUMIDADE DO PACIENTE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICAÇÃO DO CDC. A responsabilidade civil de hospitais e de entidades de saúde congêneres, como prestadores de serviços que são, tem por fundamento o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Logo, os estabelecimentos prestadores de serviços de saúde respondem pelo fato do serviço objetivamente. PROVA DO DANO E DO NEXO CAUSAL. Hipótese em que a paciente idosa e bastante enferma estava sentada na poltrona, levantou para ir ao banheiro e caiu, vindo a fraturar o colo do fêmur esquerdo. A paciente deambulava com dificuldades, necessitando de amparo, e foi colocada na poltrona com auxílio da enfermagem. A parte autora se desincumbiu do ônus que lhe competia, isto é, demonstrou a existência do dano e do nexo causal entre este e o serviço prestado pelo hospital réu. Configuração da violação do dever de preservação da incolumidade do paciente. Ausência de comprovação quanto ao fato exclusivo da vítima. DANO MORAL. MORTE DA AUTORA NO CURSO DA LIDE. TRANSMISSIBILIDADE. HERDEIROS DA VÍTIMA. Doutrina e jurisprudência são uníssonas acerca da legitimidade

do sucessor do morto no prosseguimento da ação de reparação de danos quando esta já tenha sido por ele intentada. Dever de indenizar caracterizado, frente aos danos morais advindos da falha do serviço. Indenização pelo dano moral que deve ser suficiente para atenuar as consequências da ofensa à honra da parte autora, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. DANOS PATRIMONIAIS. Apenas os prejuízos devidamente comprovados pelo autor devem ser ressarcidos pelo réu. Não se tratando de danos presumidos, constitui ônus da prova do autor a comprovação dos danos materiais que tenha suportado. Artigos 402, 403, 404 e 944, todos do Código Civil. CIRURGIA PARA COLOCAÇÃO DE PRÓTESE NO QUADRIL ESQUERDO (ARTROPLASTIA). ERRO EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO AFASTADO. Com a queda, a paciente sofreu fratura do colo do fêmur esquerdo e foi submetida a prótese total do quadril E, sem intercorrências. Não se verifica qualquer desvio de conduta técnica por parte do profissional médico que realizou a cirurgia. Após a alta, a paciente não retornou para consulta, exame e eventuais ajustes da prótese pelo ortopedista. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70049362072, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 24/04/2013)

O profissional médico só responderá civilmente através da investigação de todos os pressupostos da responsabilidade subjetiva, ou seja, ação/omissão, culpa em sentido lato, culpa e nexos de causalidade. Ao contrário, a responsabilidade dos hospitais ou casas de saúde ocorrerá através da responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco criado ou risco da atividade.

Percebe, então que a Lei Consumerista não faz distinção entre a obrigação assumida pelo profissional liberal, se de meio ou resultado. Esta diferenciação ocorreu por criação da doutrina e utilizado pela jurisprudência pátria.

6 CULPA SENTIDO LATO

A culpa em sentido lato compreende dolo e culpa em sentido estrito. Dolo por sua vez pode ser definido como: esperteza, argúcia, má-fé, maquinação, possuir ciência dos atos praticados contrário à lei e aos bons costumes; propósito do agente, premeditação, desejando o resultando criminoso, assumindo o risco de sua produção. Dolo é a violação intencional, voluntária, decidida, cônica, de um dever jurídico.

O termo culpa, deriva do latim e tem o significado de: erro, falta, compreende a falta atentada contra o dever, por omissão ou ação, com ausência de conhecimento ou de negligência. A culpa é negativa, tem como escopo causar dano, o agente meramente falta ou deixa de observar obrigação imposta. A não observação de uma obrigação objetiva de cuidado, produzindo um fato que não queria, mas por sua vez produziu por falta de cuidado. Em sentido estrito é uma ação voluntária, contrária ao dever imposto pelo Direito, produzindo evento maléfico impensado, mas pressagiado ou previsível. O agente não tem em vista na culpa o prejuízo à vítima, entretanto devido a sua atitude imprudente, imperita ou negligente causa dano a outrem.

O mais importante em relação à culpa é a visualização decorrente da conduta, caso prevista ou previsível denomina-se culpa estrito sensu, senão imprevista ou imprevisível não configura-se culpa. A culpa possui três aspectos: imprudência, negligência e imperícia.

Em resumo, a culpa em sentido estrito resulta de um dano não querido, entretanto, poderia ser evitado se o agente tomasse medidas preventivas necessárias. Enquanto que o dolo é vontade de causar o resultado.

6.1 Modalidades de culpa médica

A culpa em estrito sensu possui as seguintes modalidades: imprudência, negligência e imperícia.

A atitude culposa do médico assinalar-se-ia ao agir sem diligência, sem observação das normas de conduta. O agir sem diligência, de atenção, cautela e de cuidado, é o componente ativo eficaz a caracterizar a culpa, originando as modalidades de culpa, ou seja:

Imperícia é a prática de atos que exigem conhecimentos e devida capacitação para a prática destes. É a falta de saber, inabilidade, inaptidão, incapacidade, na arte ou exercício da profissão.

Imprudência é a afoiteza, o arrojo, imponderação, na falta de previsão, contrariando as normas e procedimentos corretos. É o desprezo nos devidos cuidados que tem que adotar em seus atos. É uma característica de culpa por ação, quando o médico age como não devia agir, quer seja, por erro na avaliação dos riscos, por impetuosidade, falta de domínio e, até mesmo por precipitação.

Negligência é o deixar de fazer aquilo que é feito razoavelmente, levando em consideração as condições emergentes regidas pela conduta habitual dos negócios humanos. É a falta de observação das normas que dispõem agir com atenção, com aptidão, diligência e apreensão. Pautada na maioria das vezes na desídia, ocorre por omissão de cuidados ao qual o agente deveria ter.

A culpa por omissão efetiva-se quando o profissional deixa de fazer o que deveria ter feito, seja por inércia, preguiça, passividade, apatia, marasmo, desleixo, indiferença, descuido, menosprezo, vacilo, desestimo.

Na negligência a conduta não se perfaz com a devida atenção pelo agente; existe um processo antijurídico que se traduz em uma inadequação psíquica, ou omissão de procedimento que evitaria o evento danoso.

Enquanto que na imprudência o agente é afoito, age arriscadamente, instigado, destemido, aguerrido, arrogante, agindo sem imaginar as implicações funestas ou danosas.

Aquele que não demonstra possuir habilidade para o seu emprego, sua profissão, ofício, ocupação, serviço é imperito.

A inação, inatividade, inércia, indolência, passividade, preguiça caracteriza a negligência médica. É um ato omissivo. Ocorre quando um médico vai embora do plantão sem que o médico que o substitui chegue para assumir o serviço mesmo ciente que diante e da ausência daquele profissional possam ocorrer graves danos.

A falta de observação de normas, ausência, carência de conhecimentos técnicos da profissão, insuficiência, despreparo prático é imperícia.

Cabe lembrar que diagnóstico errado não é indicativo de imperícia, haja vista as situações que abrangem a análise dos sintomas, por vezes obscuros.

Ocorrendo assim o denominado erro honesto.

Nas três modalidades de culpa, negligência, imperícia, imprudência, possuem atributos próprios com alcance imperceptíveis, baseado nisso, poderão existir momentos em que as espécies se misturem, observando assim, imperícia delineada por negligência, negligência coberta por descuido, imprudência revestida de diligência e regras de habilidade.

Para adequação do caso prático a uma das três modalidades de culpa, em sentido estrito, se faz necessário identificar palavras-chave, portanto imperícia está diametralmente conexas com inabilitação, imprudência com imponderação (comissão) e negligência com desleixo (omissão).

6.2 Perquirição da culpa no caso concreto

A conduta do homem mediano analisada abstratamente no caso concreto define a culpa, ou seja, fazendo comparação com a conduta de outro médico. Não é fazer suposição da conduta padrão. Em cada caso concreto deve ser avaliada a culpa, comumente leva-se em conta o *bonus pater familias* ou homem médio. Uma das maneiras mais justas de aferição da conduta de um médico é comparando sua conduta com a de outro médico, da mesma especialidade, com situações idênticas, ou seja, perquerir a culpa *in abstracto*.

Em tal avaliação, é de fundamental relevância três fatores, a saber: um médico que resida no interior não se pode exigir, esperar que o mesmo tenha os mesmos conhecimentos e desempenho, uso de técnicas e práticas modernas de um colega de profissão que resida em um grande centro urbano, amparado com modernos centros hospitalares e equipamentos de última geração.

Ver de forma universal, o erro de diagnóstico, visto genericamente, não ser considerado culpa por apenas uma pequena porcentagem das doenças tem determinadas suas causas.

Igualmente, um mesmo sintoma está relacionado a inúmeros diagnósticos, favorecendo a ocorrência de um falso diagnóstico a priori. O médico somente obraria com culpa caso o tratamento acompanhado ao longo do tempo não lograsse êxito e assim mesmo o médico perseverasse no tratamento. Aclarando dessa forma que o erro de diagnóstico não ocasiona culpa, entretanto o erro de conduta sim.

E por derradeiro, situações de emergência possuem um valor atenuante, ensejando na mudança de avaliação da culpa presumida. O médico que tem tempo para pensar e agir diverge daquele que não possui quando do atendimento de paciente vitimado com grave hemorragia, parada cardiorespiratória em estado emergencial.

Tais parâmetros devem ser observados quando da apreciação da culpa *in abstracto* situações de emergência, análise de médico do interior e erro de diagnóstico.

6.3 Ônus da prova

Ônus probatório significa que toda preposição precisa de sustentação, incumbência de provar, faculdade necessária para exercer a fruição de determinado interesse.

O Processo Civil Brasileiro aplica regras no ônus probatório, fundada com espeque em uma visão estática, disciplinada pelo artigo 333 do Código de Processo Civil. Em síntese as alegações feitas devem ter seus elementos de comprovação nos autos cujas partes alegaram. Portanto, o autor usará provas para fundamentar o seu direito; ao réu, por sua vez, provará direta ou indiretamente os fatos alegados que o eximam da ocorrência dos mesmos.

Como regra, o autor também precisa provar os fatos que constituem o seu direito, e ao réu, provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito vindicado pelo autor.

Para conseguir sucesso na demanda compensatória, o autor deverá comprovar o descuido médico, a negligência, pois o Código de Defesa do Consumidor prevê que a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva em seu artigo 14 § 4º, ou seja, carece configurar a culpa em quaisquer das modalidades: imprudência, negligência ou imperícia.

O regramento da comprovação do ônus da prova indica a função essencial, quando do processo, legitimando a parte que exerce o poder processual para produzir provas. Não deixando de verificar a relação de desigualdade entre paciente e médico na confirmação das provas.

Encontramos dificuldades por parte do paciente ao tentar produzir provas que comprovem a culpa médica. Pois esta apresenta especialidades técnicas

particulares à atividade médica, tornando na maioria das vezes árdua a comprovação.

Alguns fatores são os principais obstáculos que se contrapõem para que se possa aclarar e tornar acessível sua comprovação:

O médico possui natureza confidencial nas relações com seus pacientes, o consultório na maioria das vezes é um lugar confidencial nas relações médico-paciente, sem que haja testemunhas, documentos. Dispondo apenas de uma receita com a prescrição de medicamentos e a forma de tomá-los como prova material.

Mesmo quando há pluralidade de pessoas, o silêncio impera porque os participantes presentes ao ato médico em que participam em equipe, existindo assim a solidariedade entre os mesmos. Existem entre eles laços hierárquicos e de amizade também.

Aspecto tecnicista na culpa do médico, fazendo-se valer o juiz de um perito médico, sujeito na maioria das vezes no espírito de corps, o tal conhecido corporativismo, onde o laudo pericial terá conteúdo que favoreça ao colega de profissão. Não é a regra que tais situações ocorrem com certa frequência, e inverídico dizer que não acontece, que por força do código de ética declina tal prática hoje em dia. Pois o seu favorecimento unilateral, impossibilitará a caracterização do erro, sem que se possa aferir a culpa e sua possível responsabilização, apesar do magistrado não está adstrito ao laudo pericial. Verdadeiramente, não tem como negar a existência de laudos severos, rígidos indicando o erro do colega claramente.

O paciente prejudicado, ofendido por vezes é impossibilitado de comprovar a culpa e o nexo de causalidade da culpa com o dano, tornando um drama sua comprovação seja pela falta de documentos quer seja pela dificuldade de testemunhas, como também a complexidade dos procedimentos médicos para que se identifique o erro médico culposos.

Há uma grande diferença na relação entre o médico e o paciente, tendo em vista os conhecimentos dos profissionais da saúde, como em determinadas circunstâncias o paciente por estar em situação anestésica, inconsciente para a execução dos procedimentos, certo que nessas ocasiões somente o médico possui consciência do fato.

Infere-se então que a comprovação da culpa médica é de difícil prova e

que além das dificuldades de suas próprias características, o paciente é vulnerável tecnicamente.

Para dirimir estas situações o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, possibilitou a inversão do ônus da prova em alguns casos que regem a relação médico-paciente, visando restabelecer o equilíbrio contratual. Em seu art. 6º, prevê os direitos básicos do consumidor e no inciso VIII o mais importante de todos, ou seja, a inversão do ônus da prova. Este dispositivo legal facilita as defesas dos nossos direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, em nosso favor, no processo civil, diante da verossimilhança da alegação a livre inversão do juiz ou diante de sua hipossuficiência, conforme suas experiências habituais.

A inversão do ônus da prova não se dá de maneira automática, o juiz diante de verossímil alegação do consumidor, ou de sua hipossuficiência o inverterá.

A verossimilhança nada mais é do a proximidade da verdade dos fatos alegados ao juiz da causa. Tornando desta forma acreditáveis, cabendo ao juiz a inversão, restando para o médico a comprovação de sua inocência. Enquanto que na hipossuficiência contempla os casos onde o consumidor é a parte economicamente ou tecnicamente mais fraca.

A inversão do ônus da prova instituído no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa Consumidor, é chamada pela doutrina de inversão de ônus da prova *ope judice*, isto é, pelo juiz. Ainda, a Lei Consumerista, adotou três hipóteses da chamada inversão do ônus da prova *ope legis*, ou seja pela lei. Deve o juiz fundamentar devidamente se presentes os requisitos para inversão no ônus da prova. Chamado de inversão do ônus da prova *ope judice* (ou por ato do juiz) em contraposição à inversão do ônus da prova *ope legis* (por força da lei).

Tal inversão busca o equilíbrio da parte mais fraca da relação jurídica, objetivando um real, positivo equilíbrio contratual.

7 ERRO MÉDICO

Quando um paciente busca um profissional médico é para o restabelecimento de sua saúde. O erro médico é uma mudança da meta a ser alcançada.

Tendo em vista o que o exercício da atividade médica está abalizado em princípios, dentre os quais se destaca o princípio da informação e do consentimento esclarecido, o exercício da atividade médica deve estar pautada no diálogo, entre o médico e seu paciente, em que as partes abordem perguntas e informações, culminadas no comum acordo expresso pelo paciente, para ocasional tratamento ou contrato firmado para realização de cirurgias, a fim de evitar tais erros. Em decorrência da aplicação da Lei Consumerista as relação médico paciente, este deve ter os esclarecimento de forma cristalina restando consciente de todos os procedimentos que necessitará tolerar e as possíveis implicações.

Erro médico, portanto decorre da ação ou omissão que cause dano à saúde do paciente causado pelo médico no exercício profissional. Se comprovado o nexo de causalidade e a falha do médico e o dano sofrido pelo paciente imputar-se-á ao médico tal erro.

7.1 Modalidades

Erro do paciente ocorre com a confusão à realização com as expectativas pessoais com erro médico, ocorrendo o que a maioria dos pacientes e familiares denomina erro, por decorrência daquilo que lhes fora dito, ou que não teve a compreensão devida. Há esta ocorrência por a expectativa do cliente ser bastante enorme com relação ao trabalho do médico, pelo médico exercer uma atividade que cuida do que há de mais precioso, ou seja, vida.

Erro de diagnóstico e Erro de conduta: O médico que agir com culpa, sem erro em seu diagnóstico, insistindo e mantendo conduta que não seja adequada nem satisfaça a necessidade do paciente sem que apresente melhora patológica.

Erro profissional ou escusável, ato precário decorrente de falta não imputável ao médico, decorrente da falta de um diagnóstico preciso ou limitação da medicina, induzindo o médico a uma conduta errada, ou nos casos em que o médico

omite informações, ou não fez parte da realização do diagnóstico e do curso do tratamento.

Portanto em todas as situações acima descritas, podem existir erros, que serão facilmente vistos como intrínsecos e inerentes às limitações humanas próprias de sua natureza não podendo ser imputadas ao médico. Denominam-se escusáveis, baseado nos procedimentos técnicos, executados de forma correta, existe a possibilidade de resposta contrária.

Percebe-se que nem toda espécie de erro implica responsabilização, somente o erro médico propriamente dito, por advir de atos culposos ou dolosos do profissional.

7.2 Perda de uma chance

Essa teoria aplicada com frequência pelos Tribunais Pátrios, fala da perda de uma chance (*perd d'une chance*) no tocante à indenização do consumidor. Trata-se da possibilidade de se responsabilizar o causador de um dano em consequência da perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Em situações em que a ocorrência de um ilícito retira do lesado a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira, conseguir um novo trabalho, deixar de alcançar uma cura ou obter êxito em uma causa judicial por falha do seu advogado.

Surgiu na França, na década de 60, originada de uma corrente jurisprudencial, onde é imposta ao médico a obrigação parcial de indenizar a vítima, que ao agir culposamente, ocasionou a perda de uma chance tangível de sobrevivência ou de cura.

O médico não pode comprometer-se a curar, mas se ele tomou todos os cuidados com o doente, usou técnicas apropriadas, adequadas para a cura ou sobrevivência deste, não há como recriminá-lo, entretanto, se as medidas adotadas ocasionou a redução ou suprimiu a chance de sobrevivência, existirá dano ocorrido da perda de uma chance.

Na perda de uma chance por erro de diagnóstico confirma-se que o erro a princípio não assinala culpa médica. Contudo, jurisprudencialmente tem-se decidido que o erro de diagnóstico originado de tratamento indevido, inadequado incide perda

de uma chance de cura ou sobrevivência.

Por sua vez na perda de uma chance diante de ausência de exames pré-operatórios, sem dúvida, a falta de exames específicos anteriores à intervenção cirúrgica, configura-se culpa médica, razão pela qual se condena penalmente ou civilmente, quando não restará dúvida no nexo causal entre ato culposo e prejuízo sofrido (exacerbará o estado de saúde ou óbito).

Desse modo, a perda de uma chance é falta de cuidados médicos, o médico e o cirurgião têm o dever de acompanhar todas as prescrições de cada etapa da intervenção. Tal dever é ônus do médico bem como de seus auxiliares desde que qualificados. A precária prestação da assistência suscita responsabilidade civil ou penal, existindo o nexo causal entre a culpa do médico e o resultado lesivo.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE MEIO. FATO TÉCNICO CONTROVERTIDO. PROVA PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. PARTO. DEMORA. SEPTICEMIA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. 1. O estabelecimento hospitalar não responde de forma objetiva, mesmo depois da vigência do CDC, quando se trata de indenizar danos decorrentes de ato médico integrante do corpo clínico ou vinculado por outra forma ao estabelecimento, prevalecendo a regra do § 4º, art. 14, que prevê a responsabilidade subjetiva do profissional liberal. É preciso aferir a responsabilidade mediante culpa do médico para presumir a culpa do estabelecimento. 2. Envolvendo o litígio fato técnico controvertido (alegado erro de médico), a prova pericial é imprescindível para o deslinde do feito. Prova testemunhal usada subsidiariamente. 3. Hipótese em que a mãe chegou ao hospital com a bolsa rompida e com feto prematuro. Acerto dos profissionais no primeiro atendimento, pois o retardamento do parto para uma melhor maturação dos pulmões da criança mostrou-se correto, prescrevendo-se antibióticos para remediar eventual infecção. Demora na realização da cesariana depois de constatado o sofrimento fetal agudo, no entanto, que evidenciou falha na prestação dos serviços. 4. Aplicação da teoria da perda de uma chance, pois não há segurança de que a cesariana em momento anterior poderia ter desfecho diverso do que ocorreu. 5. Danos moral reconhecido, com mitigação do quantum indenizatório. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70039543889, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 11/05/2011)

Vale ressaltar, que não será qualquer chance perdida que ensejará tal modalidade de indenização, é imperioso que a chance não alcançada seja: séria e verdadeira proporcionando à vítima reais condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

7.3 Excludentes

Aplicam-se também as mesmas excludentes de responsabilidade civil geral no que tange a responsabilidade do profissional médico. São elas fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior.

Funciona como excludentes de responsabilidade médica o fato de terceiros, conduta culposa da vítima, assinalado por ação culposa ou dolosa de outra pessoa e não do médico, força maior e caso fortuito, tal quais as irregularidades inesperadas.

As excludentes de responsabilidade não são taxativas, em face disto alguns autores acrescentam outras excludentes.

Tão somente a cláusula de não indenizar não poderá ser aplicada ao médico, pois existe taxativa vedação legal no Código de Defesa do Consumidor, lei esta que regula as relações médico-paciente.

O artigo 25 do aludido diploma prevê a vedação de estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

Em seu artigo 51 do mesmo dispositivo legal dispõe que são nulas de pleno direito as cláusulas que impossibilitem, atenuem ou exonerem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos serviços e produtos ou disposição de direitos ou impliquem renúncia.

Portanto, feito as devidas ressalvas à cláusula de não indenizar, todas as excludentes de responsabilidade civil é aplicada à responsabilidade médica.

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS HOSPITALAR E MÉDICO. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, INC. I, DO CPC. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INDENIZATÓRIO. A responsabilidade civil do hospital é objetiva - inteligência do art. 14 do CDC. As excludentes da culpabilidade são a inexistência de defeito no serviço e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro - art. 14, § 3º, I e II. Caso em que a prova indicou correção nos procedimentos adotados, com inexistência de defeito no serviço prestado, seja do nosocômio, seja do médico. Prova pericial contundente. Não tendo os autores comprovado o fato constitutivo do seu direito, consubstanciado na alegação de que o médico demandado teria sido negligente quando prestou atendimento médico ao paciente, ônus que lhe incumbia, por força do art. 333, I, do CPC, impõe-se manter a sentença que desacolheu o pedido indenizatório. Apelação desprovida. Sentença mantida. Decisão unânime. (Apelação Cível Nº 70037192614, Décima Câmara Cível, Tribunal

de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 25/08/2011).

7.4 Seguro Médico

O seguro de responsabilidade civil do médico é um modo pelo qual se busca a cobertura dos possíveis danos causados ao paciente. Em síntese é uma precaução louvável, pois existe a possibilidade de ocorrência de um erro, este estaria coberto, com garantia de sua reparação. Os Conselhos Regionais de Medicina não indicam esta prática que pode causar conflitos nas relações médico-paciente prejudicando o exercício da profissão.

Abaixo elencamos algumas vantagens e desvantagens do seguro de responsabilidade civil do médico:

Desvantagens: Não cobre o dano moral; Interfere negativamente na relação médico-paciente; Pode facilitar o erro médico; Cria um cenário cativo para o médico; Eleva os custos dos serviços médicos; Estimula os procedimentos contra os médicos; Facilita a indústria das indenizações; Fornece uma proteção aparente para o profissional.

Vantagens: livra o médico e paciente de processos penosos; corrige o aviltamento patrimonial da vítima; estimula a solidariedade social; Tem falhas, mas tem o maior número de benefícios e vantagens; Melhor modalidade de liquidação de dano; Assegura o equilíbrio social e a ordem pública; Corrige o fato de o paciente ser totalmente esquecido e o médico falsamente lembrado; Melhor condição de liberdade e segurança no trabalho; Contribui com o *superávit* do sistema em programas de prevenção ao dano; melhor forma de justiça social; Melhor forma de previdência propriamente dita; Independe da situação econômica do causador do dano; Evita explorações, ruínas, injustiças e iniquidades.

O seguro de responsabilidade civil por estar ligado à modernidade do instituto, sua disseminação tende a incorporar a teoria da perda da chance bem como outras inovações que estão por vir neste ínterim, tais inovações expedirão ao profissional médico uma obrigação quase que de resultado.

8 CONCLUSÃO

Pela leitura do presente trabalho percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, fez significáveis avanços, principalmente no que diz respeito à responsabilização oriunda da culpa, tendo em vista que perdurou por vasto período da história que a responsabilidade civil se enleava não se desvincilhando da penal, atualmente elas marcham por ramos claramente opostos.

Na mesma linha de progresso seguiu o modo de indenização da vítima, no início da história quando imperava o Código de Hamurabi, prevalecia o adágio do olho por olho, dente por dente, as penas aplicadas ao ofensor comboiava na mesma medida da ofensa, tanto eram aplicadas penas pecuniárias quanto sanção ao médico como a amputação das mãos, hoje a pena quando se trata de responsabilidade civil a medida repressiva limita-se ao patrimônio do causador do dano.

Resta consagrado pela doutrina e jurisprudência que diante da comprovação dos requisitos da responsabilidade civil, quais sejam: ação, nexos causal e dano, e culpa, conceito que abrange: negligência, imprudência e imperícia, estará presente o dever de indenizar, salvo se a conduta estiver sobre um dos mantos excludentes da responsabilização civil, segundo o Código de Defesa do Consumidor, quando o evento lesivo decorrer por culpa exclusiva da vítima ou se ocorrer por fato de terceiro, junto a essas, há as aplicadas aplicadas pelo Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: caso furtivo e força maior .

De modo, o Código de Defesa do Consumidor, que atualmente regula as relações de consumo, dentre a qual a relação médico-paciente, aplicando-lhe a responsabilidade subjetiva mediante comprovação de culpa, conforme preceitua seu artigo 14 § 4º.

Importante lembrar o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao modificar a imputação da responsabilidade objetiva ao médico quando da obrigação de resultado, especialmente no que tange às cirurgias estéticas embelezadoras ou puramente estéticas. Até pouco tempo, naquele Tribunal Superior imperava a aplicação da responsabilidade objetiva, atualmente, conforme analisados nos julgados vigora a responsabilidade subjetiva com presunção de culpa.

Nesse interim, vale lembrar a aplicação da Teoria da Perda de Uma

Chance, trazida da doutrina francesa, significando um grande progresso em relação aos casos onde por falta ou tardio diagnóstico resulte em dano à vítima, retirando-lhe a chance de cura ou de sobrevivência, impondo ao médico o dever de indenizar.

Por fim, restou claro quão dinâmico e pontual se porta o Direito brasileiro, sempre inovando, seja aperfeiçoando o entendimento existente seja buscando em doutrinas alienígenas novos conceitos na ânsia de aperfeiçoar o instituto da Responsabilidade Civil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista das Tribunais, 1993.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 1996.

CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, Sérgio. **Responsabilidade civil**, 3 ed., São Paulo: Forense, 1992.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **A medicina e os atos médicos**: Em defesa do direito da população à assistência médica digna e de qualidade. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

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

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, Gisele. **Culpa e dano: os mais complexos conceitos do direito civil**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9598. Acesso em: 15 de janeiro de 2013.

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

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOTTA, Sílvia. **Perda de chance no direito brasileiro**: implicações jurídicas nas relações médicas. Disponível em http://www.silviamota.com.br/biobio/artigos/perda_dechancenodirbrs.htm. Acesso em: 23 de março de 2013.

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

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: **Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, V4.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico**: inversão do ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAVI, Sergio, **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Néri Tadeu de Câmara. **O Dano estético na atividade do médico**. Publicado no cd-rom juris síntese, nº 29, Mai/Jun, de 2001, da Editora Síntese, Porto Alegre.

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

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

_____. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.2.