

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

CARLOS ALBERTO SOARES DA ROCHA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Aracaju

2015

CARLOS ALBERTO SOARES DA ROCHA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

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

Orientador: Prof. Msc. Lucas Cardinali Pacheco

Aracaju
2015

CARLOS ALBERTO SOARES DA ROCHA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERROMÉDICO

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

Aprovado ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Lucas Cardinali Pacheco

Prof(a). Msc. Marcos Vander Costa da Cunha

Prof(a). Msc. Sheila Lobão Molina

Ao meu pai, que Deus o coloque em um lugar especial; à minha mãe; à minha esposa, que nos momentos difíceis esteve sempre otimista; aos meus amigos que nunca desistiram deste sonho; e, por último, aos meus filhos que são a minha fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me dar força para estar nesta longa jornada dia após dia, inspirando-me e fazendo-me sempre disposto a obter conhecimento e experiência, com a finalidade de concretizar o meu grande sonho de adolescente.

Ao meu pai Geraldo (*in memoriam*), por ter sempre acreditado na minha pessoa e em todas as realizações que seriam possíveis.

A minha mãe Josefa, pelo seu exemplo de determinação e vontade de vencer e por passar essa força para as pessoas ao seu redor.

A minha esposa Edieda, pela sua paciência, pela sua compaixão amorosa, pela sua força e pelo tanto que renunciou a muitas coisas apenas para ver esta conquista de seu esposo. Sei, no fundo do meu eu: esta conquista é nossa!

Aos meus filhos Carla Vitória e Carlos Gabriel por me mostrarem um mundo sempre melhor e por estarem vivos dentro de mim como algo extraordinário.

Ao meu amigo Alcir Lelles, que ajudou em muitos momentos difíceis, tanto financeiro quanto moral, viabilizando o caminho para minha trajetória, confirmando que existem irmãos, ainda que não sejam consanguíneos.

Ao meu amigo Chico, este, que sempre compartilhou momentos de alegria e tristeza e que faz parte a cada dia desta conquista.

Ao meu amigo Thiago por compartilhar comigo 5 anos de pura aprendizagem e discussões relacionadas à vida acadêmica.

Aos meus companheiros de faculdade por estarem juntos dia após dia sempre com o objetivo de nos formarmos.

Ao amigo Professor Elton Carvalhal, pelo apoio com a língua portuguesa e com auxílio na formatação deste trabalho.

Ao Professor Lucas Cardinali pela orientação nesta monografia.

Por fim a minha professora, Dra. Marlene, por tentar fazer sempre o melhor por cada estudante e por me orientar neste projeto-estudo, conduzindo-me e compartilhando todas as informações necessárias para mais um passo acadêmico.

Muito obrigado!

Fui moço, e agora sou velho; mas
nunca vi desamparado o justo, nem
a sua semente a mendigar o pão.

Salmos 37: 25

RESUMO

O presente trabalho tem como base um estudo histórico e, em especial, teórico a partir dos textos da Lei e das reflexões da doutrina, tendo como marco teórico os estudos de FARIAS et al (2014), DINIZ (2010), GONÇALVES (2010) e, certamente, no Código Civil Brasileiro, além do Código de Defesa do Consumidor. Buscou-se analisar a real situação do médico no atendimento hospitalar, compreendendo as questões entorno do dano, da culpa e da reparação do dano sobre a perspectiva do Direito Civil Brasileiro, verificando as bases da responsabilidade civil. A pesquisa pretendeu identificar o dano causado pelo médico, considerando os pressupostos da negligência, imprudência ou imperícia como determinantes para o conceito de erro e indicar os casos em que o erro médico é concreto e as bases para a reparação pelo dano causado ao paciente.

PALAVRAS-CHAVE: Erro médico; reparação; responsabilidade civil.

ABSTRACT

This study is based on a historical study and, in particular theoretical from the law texts and reflections of doctrine, having as theoretical framework the studies of Farias et al (2014), Diniz (2010), Goncalves (2010) and certainly in the Brazilian Civil Code, in addition to the Consumer Protection Code. It sought to analyze the real situation of medical care in the hospital, including the issues surrounding the damage, guilt and reparation of the damage from the perspective of civil law Brazilian, checking the bases of liability. The research sought to identify the damage caused by the doctor considering the assumptions of negligence, imprudence or inexperience as crucial to the concept of error and indicate the cases where malpractice is concrete and the foundation for repairing the damage caused to the patient.

KEYWORDS: Medical malpractice; repair; civil responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 CONCEITO	13
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	15
2.2.1 Egito	15
2.2.2 Roma	15
2.2.3 Grécia	16
2.2.4 França	16
2.2.5 Itália	17
2.2.6 Portugal	17
2.2.7 Brasil	18
2.3 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
2.3.1 Ação	19
2.3.2 Nexo Causalidade	20
2.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	21
2.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA	22
2.6 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	23
3 REPARAÇÃO POR DANO MORAL	27
3.1 DANO MATERIAL	27
3.2. DANO MORAL	30
3.3. DANO ESTÉTICO	33
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	36
4.1. CONCEITO	36
4.2. HISTÓRICO DO ERRO MÉDICO	37
4.3. DA IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA	38
4.4. OBRIGAÇÃO DO MEIO E OBRIGAÇÃO DO RESULTADO	39
4.5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	40
4.6. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	41
4.7. AÇÃO, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE	42
4.8 DA PROVA	42
4.9 DA CULPA	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46
ANEXOS	48

1 INTRODUÇÃO

Constantemente a mídia jornalística noticia, seja na forma online, radiofônica, impressa ou televisiva, problemas relacionados ao mau atendimento médico-hospitalar. São queixas de toda sorte aos quais dão conta de quenão há compromisso por parte de alguns médicos, quando em alguns casos se questiona se os mesmos são egressos de um banco acadêmico. Igualmente, há situações que o sistema, per si, é que traz toda a problemática, haja vista a precariedade do mesmo para atender, principalmente, a população economicamente menos privilegiada.

Daí, passa-se a indagar: Por que há tantas queixas? Elas procedem em todos os casos ou há aqueles em que há desconhecimento dos direitos e obrigações entorno do exercício legal da medicina?

E quando o paciente morre em mesa de operação, a quem e como recorrer? Por que mesmo em casos tão chocantes o médico, por diversas vezes, é absolvido das acusações?

Existe realmente a culpa do responsável pelo atendimento? A quem, realmente, deve a família do falecido pedir a reparação do dano?

Diante das questões sobre a qualidade da a saúde pública no Brasil, discute-se o fato de os prontos-socorros, que seriam a primeira porta em que o cidadão tem para procurar ajuda, estarem com dificuldades para ofertar adequado atendimento, às vezes não tendo, sequer, condições estruturais para o funcionamento. Alega-se bastante, nessas reflexões, em meio a falta de medicamentos, equipamentos, telhado danificado, ar-condicionado (quando há) quebrado, etc.

Ainda que existam todos esses problemas, o profissional da medicina deve atender de forma rápida e eficiente o paciente que se encontra em estado grave, seja em decorrência de um tiro, de uma facada, de um acidente no trânsito etc., não importando o caso, espera-se do profissional a excelência exigida pelo ofício.

Sob tais circunstâncias, volta-se a indagar: como ficam as exigências e obrigações de prestação de serviço do médico?

Tendo como base o que fora mencionado, o presente estudo pretende fazer uma análise jurídica a qual permitirá que se verifique se a estrutura legislativa nacional tem contribuído para responsabilização do Estado e do médico, por meio

do estudo da jurisprudência, dos princípios norteadores do direito, da legislação infraconstitucional, e também pela pesquisa, de forma quematéria em que possa ter a base real da situação do médico no atendimento hospitalar, possibilitando que se possa compreender as questões que giram em torno do dano, da culpa e da reparação do dano sobre a perspectiva do Direito Civil Brasileiro.

Neste trabalho, por meio de extensa leitura e análise de conteúdo teórico doutrinário, buscou-se traçar um perfil histórico e conceitual da responsabilidade civil do médico e da aplicação da legislação civil sobre a causa específica do erro médico, com a pretensão de verificar quais são as bases da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, analisando a culpa e a utilização do diploma legal para que seja aplicada a legislação. Ou seja, deve-se utilizar o código civil ou código de defesa do consumidor, e partindo de quem realmente cometeu o dano.

A pesquisa pretende apontar se realmente existe o dano causado pelo médico, considerando se houve ação ou omissão e se é disso que resulta o óbito de pacientes.

Ademais, busca-se análise superficial para demonstrar que, sob enfoque do Direito Civil, se é considerado adequada capacitação profissional para realização das atribuições médicas.

Para todo este contexto, esta monografia fora dividida em três partes: o primeiro capítulo está voltado à noção global de Responsabilidade Civil; já o segundo, buscou-se nortear conceitos, tipos e situações de reparação por dano; e, finalmente o terceiro capítulo, a análise desses fatores vinculados a responsabilidade civil diante do erro médico.

Defende-se, desde logo, que esta pesquisa irá beneficiar a sociedade, no sentido de que levará a uma reflexão sobre tão pertinente assunto de interesse público sob enfoque jurídico.

De um lado, pretende-se demonstrar que o erro médico é um problema jurídico complexo e que não é tão simples levantar acusações contra um médico, mesmo porque nem toda acusação tem a necessária fundamentação técnica e jurídica. De outro lado, pretende-se esclarecer à comunidade a respeito dos meios legais para busca de seus direitos e de reparação em função de lesão advindas de má procedência profissional.

Como existem pontos que devem ser esclarecidos em um tema tão dinâmico que envolve a Responsabilidade Civil, este trabalho tem por objetivo conceituar o

leitor sobre a Responsabilidade Civil, tendo como base as informações sobre ação, nexo de causalidade e dano, fazendo com que estes pressupostos da responsabilidade sejam fundamentos para que leitor possa buscar o poder judiciário.

O caminho das modalidades da responsabilidade, que levará o leitor a saber sobre a responsabilidade civil e penal, a depender do caso concreto, a diferença entre a jurisdição civil e penal, e como pode ser afastada esta responsabilidade caso concreto, denominado na doutrina de excludente de licitude.

Outro norte que o leitor terá é o da responsabilidade nas relações de consumo e, por fim, o da responsabilidade do médico por estar trabalhando com vidas humanas.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO

Para pensar a responsabilidade civil é, antes de tudo, necessário se dispor a pensar a respeito de sua conceituação e como esta fora determinada na formação e pela evolução do próprio Direito Civil.

Responsabilidade civil é um termo simples para o homem mediano e que se define como o dever de alguém reparar o dano que por ele fora causado a outra pessoa.

Como a responsabilidade tem características e funcionamentos que se distinguem, a depender do tipo de responsabilidade, verifica-se se houve intenção ou involuntariedade (no sentido de não haver culpa) tendo em vista o caso concreto. Todavia, necessita-se de aprofundamento para que se saiba a origem da palavra responsabilidade e retirar um conceito mais adequado a partir dos nobres doutrinadores.

A palavra responsabilidade vem do latim *respondere*¹ e diz respeito a pessoa ser um *garantidor*, e isso quer dizer que ela deve responder pelos atos que cause danos a outro ser humano.

Este é o objetivo da responsabilidade civil – responder aos atos –, pois tem a finalidade de dar a cada sujeito a obrigação de reparar os danos causados a outrem, ou em caso oposto ser reparado dos danos que venham a serem sofridos por ação de outro indivíduo.

Maria Helena Diniz (2011, p.50) conceitua responsabilidade civil como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia de culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

¹ Conferir: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875

Tendo em vista este conceito sabe-se que a responsabilidade e o dano causado a outrem pode ser do próprio indivíduo, do seu representante ou do seu animal. Daí ser possível afirmar que esta é subjetiva quando houver a análise da culpa e finalizando responsabilidade objetiva quando a lei determinar o risco da atividade.

Destacando o conceito de responsabilidade civil, com o mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias *et al*(2014, p. 43) diz que responsabilidade civil é “obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei”. Como pode-se notar, o conceito de responsabilidade segue o mesmo viés.

No Código Civil Brasileiro (2002) a responsabilidade civil está elencada no Título IX, Capítulo I com o tema da responsabilidade civil, tendo seu artigo 926 a remissão ao 186 do mesmo diploma legal o qual transcreve-se: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direitos e causar danos a outrem ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Tem-se neste caso a responsabilidade civil. Mais adiante o código civil fala da responsabilidade civil objetiva, que está elencada no seu artigo 927, § único que diz:

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.

Tanto a doutrina como a legislação (Código Civil, 2002) tratam da responsabilidade civil como sendo um ato reparador de dano causado por alguém, devendo este reparar seu ato, sendo dividida a responsabilidade em subjetiva (análise de culpa) e objetiva.

Conforme (IGNÁCIO, 2003), o instituto da responsabilidade civil já foi utilizado por diversas civilizações em épocas mais remotas, a exemplo do Egito, de Roma, da Grécia, da França, da Itália e de Portugal.

Deste ponto, a fim de conhecer o percurso tomado pelo direito civil (mais especificamente o de responsabilidade) até que se alcançasse como é conhecida, passaremos a estudar um pouco da parte histórica da responsabilidade civil, passando pelo Egito, por Roma, pela Grécia, pela França, pela Itália, por Portugal e, finalmente, pelo Brasil.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.2.1 Egito

A responsabilidade civil no Egito, segundo REIS(1997. p. 09) e IGNÁCIO (2003, p. 14) acontece com o código de Hamurabi, que era um conjunto de leis surgido na Mesopotâmia no ano de 1792-1750 a.C., tendo como princípio a máxima “o forte não prejudicará o fraco”

O código era bastante severo, pois determinava que a pessoa que lesasse outrem sofreria à proporção do dano causado, a exemplo do médico que não fosse bem sucedido na intervenção cirúrgica; com a situação da morte do paciente ou este ficando cego, causar-se-ia ao médico, se esse fosse culpado, a amputação de sua mão, com a finalidade de evitar que ele não executasse outra intervenção cirúrgica danosa. É o famoso princípio “olho por olho, dente por dente”.

Os médicos da Mesopotâmia, segundo IGNÁCIO(2003, p.15) “gozavam de alta posição social, e suas funções eram confundidas com as sacerdotais, contudo deveriam seguir determinadas regras inerentes à profissão”, sendo assim, caso viessem a não ter êxito nas suas intervenções cirúrgicas, mas obedecessem a todas as regras, devido sua posição social estes não eram julgados, porém, se acontecesse o contrário, não seguindo as regras, estes teriam a punição do código de Hamurabi.

2.2.2 Roma

Não existia em Roma a ideia de responsabilidade. O que predominava era a ideia de vingança privada, em que as pessoas retribuía o mal com o mal. Ou seja, devolvia ao outro ser humano o dano sofrido.

Com o passar dos anos houve mudanças que tornaram melhor a composição entre a vítima e o culpado, evitando, assim, a vingança privada e a amputação da sociedade, pois esta sofria com o princípio “olho por olho, dente por dente”.

Exemplo disso é o fenômeno *A Lex Aquilia de Damno*, que para Maria Helena Diniz (2014, p.28) “veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária, impondo que o

patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res.”, neste ponto tem-se a fase em que o dano passa de ser corpóreo, ou seja, deve ser pago pela pessoa, para passar para ao seu patrimônio, passando para a responsabilidade patrimonial.

A Lex Aquilia de Damno estabelece uma forma de responsabilidade extracontratual, afastando a forma da vingança privada, criando um novo tema para os Romanos chamado de *damnum iniuriarum*, que significa, que o prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. (DINIZ, 2014, p.28)

O Estado passa a intervir nos conflitos, decretando os valores dos prejuízos, tendo a vítima a obrigação de aceitar e renunciar à vingança.

Nesta época ainda não havia a distinção entre a responsabilidade penal e civil.

2.2.3 Grécia

A Grécia do século V a.C. adotou o mesmo procedimento do Egito em relação ao médico, este somente tinha responsabilidade se o paciente morresse ou se não observasse os procedimentos necessários estabelecidos na atividade.

Essa civilização teve um enorme crescimento, aprofundando-se na área da anatomia, obtendo enorme conhecimento na área das letras e da filosofia e desenvolvendo uma metodologia mais racional para o diagnóstico e cura.

2.2.4 França

Confere-se em IGNÁCIO (2003, p. 18) que os Franceses tiveram como base as ideias românicas, aprimorando-as, instituindo que a vítima era protegida contra o dano material, independente da análise da culpa.

Os Franceses influenciaram a responsabilidade civil com alguns princípios, ocorrendo a responsabilidade sempre que houvesse a culpa. Houve nessa época a separação da responsabilidade civil da responsabilidade penal, ocorrendo evolução na parte contratual, que ligava esta responsabilidade à negligência ou à imprudência

e não estava, também, atrelada ao crime (penal) ou físico (civil). Estava ligada ao contrato.

O progresso industrial ocasionou o aumento do dano, tendo ampliado as indenizações, baseando-se no critério da inobservância da culpa, isto quer dizer que não havia a responsabilidade subjetiva e sim uma nova responsabilidade sustentada no risco da atividade (responsabilidade objetiva).

2.2.5 Itália

Na Itália, ensina ALTALEX (2015, p.1), a responsabilidade civil foi inserida no código civil no seu artigo 2.043 que diz “*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*”, tendo a seguinte tradução “Qualquer ato doloso ou negligente, que causa danos injustos a outras pessoas, obriga a pessoa que cometeu o ato a pagar indenizações”. Como vimos, na Itália já foi codificada a responsabilidade, esta subjetiva.

Também deve-se destacar que nesta mesma legislação existe a inversão do ônus da prova como relata Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.6) “Na legislação civil italiana encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova”.

Segundo IGNÁCIO (2003), no código italiano existe a excludente de responsabilidade tais como legítima defesa, estado de necessidade, elencada nos seus artigos 2044 e seguintes, que significa que estas excludentes afastam a responsabilidade do agente causador do dano.

2.2.6 Portugal

Depois de muitos conflitos nasce Portugal, com o rei Leão:

Em 1064, Fernando I, rei de Castela e Leão, levou à reconquista do que hoje conhecemos como Coimbra. Os distritos reconquistados se organizaram como condados feudais submetidos ao reino de Castela e Leão. O nome Portugal deriva do feudo mais setentrional,

o *ComitatusPortucalensis*, que se estendia ao redor do antigo porto romano de Portus Cale, atual Porto (<http://www.infoescola.com/historia/historia-de-portugal/>).

Antes do reinado de Leão existia os visigodos e estes não conseguiram alcançar a noção de separação do que hoje se compreende direito civil e direito penal, admitindo-se as penas corporais, retrocedendo ao status anterior.

Com o reinado de Leão e as diferenças sociais, a responsabilidade civil não era tão abrangente, no entanto no século XII, houve o melhoramento deste instituto da responsabilidade devido ao aperfeiçoamento de instituições municipais.

No código civil português há o instituto da responsabilidade civil, elencada no seu artigo 483, incisos 1 e 2, que diz:

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.
2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Mesmo com muitas mudanças, observa-se que foi introduzido o ordenamento jurídico (codificação) o instituto da responsabilidade civil, com finalidade de evitar a vingança com as próprias mãos.

2.2.7 Brasil

Devido sua descoberta e sua história, o Brasil, como diz Aline Letícia Ignácio (2003, p. 19): “as ordenações do Reino, onde o direito romano era aplicado de maneira subsidiária, por se entender que era um direito fundado na boa razão”.

Com o decorrer dos anos em 1822 com sua independência, e dois anos mais tarde a carta magna do império (1824), que trazia em seu bojo no artigo 179, XVIII, a criação do código civil e criminal tendo sua base na Justiça e Equidade.

Em 1916 nasce o código civil tendo a influência do código criminal de 1830, nele consagrado a teoria da culpa.

Atualmente encontra-se se elencada a responsabilidade civil no capítulo I no artigo 927 “aquele que por ato ilícito (art.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”(Código Civil Brasileiro, 2002).

2.3 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Traçado o percurso histórico é imprescindível nortear sobre os requisitos da responsabilidade civil, a saber: ação e nexos causalidade.

2.3.1 Ação

É um dos pressupostos da responsabilidade civil. Neste se cogita o ato humano, que pode ser omissivo (quando este deixa de fazer), comissivo (quando este faz algo), podendo ser lícito ou ilícito, do próprio sujeito ou de terceiros, podendo esta ação ser até de um animal, que possa causar dano a outrem, neste caso devendo este dano ser reparado.

A ação será ilícita quando esta tiver como base a culpa, ou seja, em que na situação se analise se houve a culpa do agente, caracterizando o ato ilícito. Por outro lado existe a ação sem ter por base a culpa, esta tem como base o risco que pode ser elencado no artigo 927, parágrafo único do código civil brasileiro:

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

Ação pode ser comissiva ou omissiva, sendo que nesta primeira parte houve a ação ou ato do agente. Este se propôs agir desta forma resultando em dano. Tem-se a exemplo, o indivíduo que trafega em velocidade maior que a permitida na via, assumindo o risco de causar um acidente. Por outro lado, temos a ação omissiva, que significa que o agente deixou de fazer um ato. Podemos exemplificar: o médico que no percurso do seu trabalho, vê um acidente e por estar atrasado não presta socorro.

Dano, segundo Maria Helena Diniz (2011, p.77):

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar.

Neste caso o dano é a parte essencial da responsabilidade civil, ou seja, não podemos falar em responsabilidade civil se não houver diminuição no patrimônio da pessoa ou o dano moral, que está relacionado a personalidade da pessoa.

Nos tempos modernos temos outros tipos de dano como indica Cristiano Chaves de Farias *et al* (2014, p. 267): “o dano pela perda da concorrencialidade; o dano por redução da capacidade laboral genérica; dano sexual; dano pelo nascimento indesejado [...]”.

Com a evolução da sociedade tivemos outros tipos de dano, devido ser aberto o conceito de dano e lesões que o código civil tutela. Ainda segundo o autor (p. 267), o nosso código civil “optou por um sistema aberto, em que prevalece uma cláusula geral de reparação de danos”

Sabemos que para que se obtenha a indenização é de suma importância que este dano seja comprovado realmente – no caso do dano patrimonial através de documentos; no caso do dano moral, através de declaração médica, internações etc.

Fato importante sobre o dano material e moral é que estes podem ser cumulados no mesmo pedido, ou seja, o autor da demanda pode pedir cumulativamente o dano patrimonial junto com o dano moral, conforme súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

No mesmo caso são lícitas as indenizações entre dano estético e dano moral, conforme a súmula 387 do STJ.

2.3.2 Nexo Causalidade

Como dano e ação do agente é um dos pressupostos da responsabilidade, o nexos causal é o elo entre o ato do indivíduo e dano causado.

O nexos causal significa a ligação do ato que causou o dano. Podemos ter como exemplo: um indivíduo atira em outro, este é socorrido e no meio do caminho

a ambulância sofre um acidente, a vítima vem a falecer. A pergunta é: o nexo causal fora o tiro, como um fator determinante para o falecimento da vítima? Não. Esse fator, e, por isso, o nexo causal, fora o acidente de ambulância. Devido a este fato, será possível a análise do ato do indivíduo e seu nexo causal para poder definir a extensão da indenização.

2.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Agora tomemos a responsabilidade em sua duplicidade de características: a objetiva e a subjetiva. Começemos pela responsabilidade subjetiva.

Para existir a responsabilidade subjetiva são necessários os seguintes pressupostos “ato ilícito; culpa ou abuso do direito; dano injusto; nexo causal e nexo imputação” (FARIAS et al, 2014, p. 499), ou seja, na responsabilidade civil existe a análise da culpa, do abuso de direito dano injusto, temos que verificar a conduta do agente para termos certeza que este não agiu com dolo ou culpa, e mais nesta responsabilidade quem tem que provar se o agente agiu com culpa ou dolo deve ser a vítima.

A teoria subjetiva, ainda conforme os doutrinadores citados acima (p. 499), “encontrou as suas bases econômicas, sociais e ideológica no contexto dos diversos iluminismos Europeu”, o que marcadamente influenciou o código civil Francês e a partir de então ocorreu influência em todo o código ocidental.

A responsabilidade civil subjetiva está relacionada análise do procedimento culposo do agente. Para Cristiano Chaves de Farias *et al* (2014, p.501),

trata-se de uma concepção subjetiva que remete as partes a um processo Kafkiano no qual incumbiria ao ofendido provar que o comportamento do ofensor desafiou a normalidade, a honestidade e o bom senso.

Nesta parte do processo, somente poderia existir a responsabilidade civil se fosse comprovada a culpa do agente causador, que, neste caso, seria muito difícil para a vítima. Consiste em constituir uma prova diabólica, pois a vítima terá que demonstrar o dano e nexo de causalidade entre o ato do agente e a lesão, conforme verifica-se na ilustração seguinte:

Ocorre quando se consegue provar que houve negligência do médico por não querer prescrever medicamentos ao seu paciente que se encontrava com problemas sérios de bronquite. Devido a isso, o quadro clínico do enfermo vem a agravar-se e, conseqüentemente, esse falece. Logo, está clara a existência de culpa do profissional e a sua responsabilidade subjetiva no ato, pois, demonstrada a sua total negligência em não ter prescrito os medicamentos necessários capazes de curar o seu paciente, o médico responde de forma subjetiva pelo dano causado, como no exemplo dado, a morte de seu paciente. (IGNÁCIO, 2003, p. 32)

Sobre a responsabilidade subjetiva o STJ traz:

3. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, no caso do hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes.
4. “O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar. Pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si”. (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 17/09/2007, p. 285).²

Neste julgado se demonstra a responsabilidade subjetiva do hospital em relação ao médico que não é empregado do hospital, neste caso deverá ser provada a culpa do hospital para que este possa pagar indenização sobre o ato.

Para que aja a responsabilidade subjetiva deve ser comprovado todos os elementos da responsabilidade civil (culpa, ação, nexos causal, dano), sofrido pela vítima em relação ao agente causador.

2.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Diferente da responsabilidade subjetiva, na modalidade objetiva esta não existe análise da culpa, ou seja, a vítima não deve provar a culpa do agente causador da lesão, só devendo demonstrar ação e nexos causal e o dano.

A teoria objetiva tem como pilar o risco da atividade. Risco advém do italiano *riscare* que significa “ousar” ou “aventurar”, nesta afirmação Cristiano Chaves de

²Conferir Anexos A e B

Farias *et al* (2014, p. 503) “aquele que assumir o risco de uma atividade devera se responsabilizar por todos os danos dela decorrente, independente da existência de culpa”. Com responsabilidade objetiva a o rompimento da teoria subjetiva (que tinha como base a análise da culpa), trazendo um novo processo para o mundo e fazendo uma forma de justiça, em que o a vítima não precisara ter como ônus a prova diabólica, sendo as empresas e indivíduos responsáveis independente de culpa pelos danos causados a outrem.

A teoria da responsabilidade objetiva esta elencada no artigo 927, parágrafo único do código civil: “Haverá obrigação de reparar o dano independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar,por sua natureza em risco para os direitos de outrem”.

O nosso ordenamento é claro sobre a responsabilidade objetiva e determinando nos casos especificados em lei ou se atividade contiver risco.

O objetivo da responsabilidade civil tanto a objetiva como a subjetiva é reparar o equilíbrio do patrimônio da vítima que foi lesionado, sendo que na objetiva esta reparação vai ser direta sem ter que analisar a culpa. Por isso existem os ditados na reparação subjetiva “onde há culpa,há reparação” e na objetiva “onde há lesão, há reparação” (FARIAS *et al*,2014, p. 505).

2.6 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

A responsabilidade contratual tem sua origem nos contratos, ou seja, deve existir um vínculo jurídico entre as partes, uma ligação entre elas. Como explica Maria Helena Diniz (2014, p. 273) “Sendo o princípio da obrigatoriedade da convenção um dos princípios fundamentais do direito contratual, as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas...”. Para que haja uma responsabilidade civil esta deve vir de uma ligação jurídica entre a vítima e agente causador.

Temos como exemplo: um advogado ao assinar o instrumento de procuração, tem a responsabilidade de defender seu cliente, mas em certo momento este trata com negligência, e perde prazo para defesa do seu cliente, vindo o mesmo a ser sucumbente no processo, ocasionado a perda da demanda e condenação do autor a custas e honorários advocatícios. Nasce então para o cliente uma responsabilidade

civil contratual em face do advogado por não cumprimento do instrumento de mandato, conforme IGNÁCIO (2003, p. 27).

Na responsabilidade contratual, ambas as partes devem cumprir a obrigação. O devedor deve honrar com sua prestação, no tempo e lugar definidos no contrato. O credor pode exigir o cumprimento, sendo que o adimplemento é a regra, a exceção é o não cumprimento da obrigação.

Temos as obrigações negativas, que se constituem no não-fazer. Estão vinculadas ao dever da pessoa não praticar determinado ato. A responsabilidade do agente existe quando este efetua o ato, ou seja, o juiz determina a não construção de um muro, porém, mesmo com essa decisão, o agente o constrói. Neste caso existirá responsabilidade contratual diante da obrigação feita, diferente da obrigação positiva, na qual existe a responsabilidade quando o agente deixa de cumprir a obrigação.

Para existir a responsabilidade contratual, deve existir a obrigação violada ou nexos causal ou haver culpa do agente. Caso o agente não tenha culpa não será possível falar de responsabilidade contratual. Se não existir culpa, tratar-se-á de caso fortuito ou força maior. Este aspecto libera o devedor da responsabilidade.

Como pensa o tribunal de Sergipe a respeito do dano contratual? Note-se:

Nº do processo: 2013215867 Órgão Julgador: CÂMARA CÍVEL Classe: APELAÇÃO CÍVEL
Relator: DES. OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO Julgamento: 16/12/2013
Ementa: "... em face da UNIMED SERGIPE - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, julgada..." "... parcialmente procedente pelo Juízo de Direito da 11ª Vara Cível de Aracaju, em 13 de maio de 2013. Alegaram os Autores serem usuários da Cooperativa Médica Unimed Sergipe, opção 703.788/99-1 -..." "... DA SILVA, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com juros de mora desde a citação, e atualização monetária a partir da publicação da sentença.(...). Irresignada, a UNIMED SERGIPE COOPERATIVA..."

Neste julgamento (Vide Acórdão 201319291 anexo) demonstra-se que o dano moral pode ser afastado, visto este não ser encontrado em cláusula contratual, mas devem ser dadas condições para o cliente ser amparado, mesmo não inexistindo cláusula escrita. Para isso, como mostra que o autor da demanda precisava se locomover para fazer uma cirurgia de transplante de pulmão, tendo que se locomover através de uma UTI móvel entre Estados e não foi aceito pela Unimed, porém nós temos o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo o bem maior a

vida, visto por esse ângulo existe a responsabilidade contratual da empresa perante o cliente.

A responsabilidade extracontratual diferente da responsabilidade contratual por esta última exigir um vínculo jurídico, enquanto na responsabilidade extracontratual não há necessidade deste vínculo, somente a existência do dano e nexos causal.

Como explica Maria Helena Diniz (2014, p. 577):

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de violação, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante.

Esta lesão está regulamentada nos artigos 186 do código civil que diz “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”. Este artigo deixa claro que não se precisa de vínculo jurídico para que exista a responsabilidade extracontratual.

No artigo 927 do mesmo diploma legal diz que “Aquele que por ato ilícito(arts.186 e 187), causar dano à outrem, fica obrigado a repará-lo”. Neste artigo a responsabilidade extracontratual é clara, não precisando de um contrato ou vínculo jurídico para que haja a indenização.

Em relação à responsabilidade o tribunal de Sergipe pensa:

E M E N T A

Apelação Cível - Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Indenização por Danos Morais - Relação de Consumo - Consumidor Equiparado - Protesto de cheque emitido por falsário e inscrição indevida nos serviços de proteção ao crédito - Risco do Negócio - Dever de cuidado da instituição financeira - Negligência caracterizada - Dano Moral evidenciado - Arbitramento do montante - Quantificação que deve levar em conta a existência de várias ações sobre o mesmo tema ajuizadas separadamente pelo Autor - Vedação ao enriquecimento sem causa - Valor da indenização que atende o caráter punitivo e preventivo da condenação - Contagem dos juros moratórios a partir do evento danoso - Dano extracontratual - Aplicação da Súmula 54 do STJ - Honorários advocatícios elevados - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013227112, 6ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA, RELATOR, Julgado em 21/01/2014)

A súmula 54 do STJ relata que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso da responsabilidade extracontratual”.

Temos como exemplo o caso narrado acima, em que o falsário emite cheques e a instituição não toma os devidos cuidados e coloca o cliente no cadastro de inadimplentes. Houve um dano moral ao cliente. Este dano foi extracontratual, não advém do relacionamento entre o cliente e banco.

Outro exemplo: um acidente de ônibus em que o motorista atropela o indivíduo na calçada; a empresa deverá indenizar o indivíduo e esta entra com ação de regresso contra o motorista, sabendomesmo que a vítima nem era passageiro, pois no caso em tela não existe a responsabilidade contratual, existe uma responsabilidade extracontratual com base na teoria do risco conforme artigo 927, parágrafo único, do código civil de 2002.

Fundamentado no Código Civil Brasileiro considera-se outro exemplo: um acidente em que o médico presta o devido socorro à vítima, este não tem nenhum vínculo contratual, apenas está cumprindo seu dever, porém, caso este seja negligente ou imprudente, poderá ser responsabilizado por sua culpa caracterizando a responsabilidade extracontratual.

Nesta responsabilidade poderá ser analisada a culpa ou não. Como exemplo, no acidente do ônibus a responsabilidade é objetiva; no caso do médico, em que possa existir a culpa, esta responsabilidade é subjetiva, devendo ser analisada a culpa e cabendo ao autor provar a negligência ou imprudência do médico. No caso do ônibus, como ela é objetiva, não cabe análise da responsabilidade.

3 REPARAÇÃO POR DANO MORAL

3.1 DANO MATERIAL

O dano material tem conceito muito amplo; qualquer sujeito mediano pode definir por uma lesão ao patrimônio da vítima, porém existe a divisão do dano material conforme reza o artigo 402 do código civil (2002) “Salvo exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”, o código civil divide o dano material em dano emergente (patrimonial), o que a pessoa perdeu, e lucro cessante, o que a pessoa deixou de ganhar. Tendo este entendimento, podemos definir que o dano material corresponde ao prejuízo de imediato. Temos como exemplo um taxista que tivesse seu veículo atingido por um motorista embriagado, determinando que causasse dano ao veículo. Esse veículo teve que ficar na oficina durante 20 dias, o taxista teve fratura na perna e vai ficar durante um mês sem poder dirigir o veículo. Neste caso, ele sofreu o dano material, que foram as despesas com o veículo, as despesas médicas, com remédio e lucros cessantes que por ficar em torno de um mês sem poder ganhar dinheiro com seu trabalho, devendo ser indenizado por esse tempo.

Nos direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5, inciso X assegura a indenização tanto pelo dano material como moral, podendo esse ser decorrente da imagem.

No mesmo artigo 5, inciso V é garantido o direito de resposta ao agravo, ou seja, direito ao contraditório a respeito do dano ou ato, podendo o sujeito ofendido pedir indenização pelo dano material, moral ou à imagem.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 355) dano é todo bem jurídico que foi lesionado, podendo entrar neste entendimento o dano moral, tendo esta ideia simplificada e a lesão ao patrimônio, sendo que patrimônio é um conjunto relação jurídica de um indivíduo, que possa ser medido em dinheiro, então podemos dizer que o dano é toda diminuição de patrimônio. A matéria dano deve ser indenizável devendo somente este dano ser estudado.

Para este mesmo autor, indenizar significa

reparar ao dano causado a vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo* anterior, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava-se antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária.

Para que haja a indenização não depende somente de ter o dano, este é requisito fundamental, mas a necessidade de tentar restaurar ao status em que se encontrava.

Temos como exemplo uma seguradora de automóveis em que seu segurado colidiu com o seu veículo, devido ao contrato que esta possui, deve-se reparar o veículo. Caso não consiga, deverá indenizar o valor do mesmo.

Num segundo exemplo, houve um homicídio: é impossível devolver a vida da vítima, sendo que neste caso a lei vai tentar reparar a situação colocando como obrigação do homicida pagar uma pensão às pessoas que dependiam da vítima, como também pagar o funeral e o luto da vítima conforme reza o artigo 948, I, II do código civil brasileiro.

Quem pode pedir ou pleitear indenização do dano material? A vítima? O detentor que suportou o ônus do dano? Como pode ser o detentor? Imagine-se que o terceiro pega um veículo emprestado e um acidente acontece. Este não tendo culpa do acidente, arca com todas as despesas para o conserto do veículo. Pode ele pleitear na justiça contra o causador do dano, sua devida indenização.

Segundo o artigo 943 do Código civil (2002) que diz: “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se ao herdeiro com a herança”.

Temos amparado pelo artigo acima citado que os herdeiros podem exigir a reparação do dano. Temos como exemplo, no caso de um homicídio de um chefe de família, os filhos, bem como a esposa, podem pleitear indenização como vítimas, visto que estes são prejudicados com a perda do chefe de família.

Temos o exemplo de um processo de indenização em que a vítima era credora, veio a falecer, o direito e transmitido aos herdeiros.

Além da esposa, filhos, detentor, temos outro titular de direito que pode entrar no poder judiciário para pleitear sua devida indenização, que são os companheiros, quando comprovada o instituto da união estável reconhecida pela Constituição

Federal 1988 no seu artigo 226, §3 em que diz “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, combinado com o artigo 1723 do código civil a qual transcrevemos “e reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição de família” (grifo nosso), pois bem amparado pelo ordenamento jurídico e reconhecida a união estável este sujeito pode pleitear indenização como mostra o RTJ, 105/865:

- Acidente de trânsito - Indenização - Concubinos
- Responsabilidade civil. Cumulação da indenização do dano moral com a condenação de pensionar a companheira da vítima, Pedestre colhido, e morto por um trem em passagem de nível habitual e perigosa. Condenação da empresa proprietária da composição ao pagamento de pensão à companheira da vítima, além de indenização pelo dano moral. Cumulação de indenizações que diverge da jurisprudência da Corte. (RE 98.942, 03.12.82, 1ª T STF, Rel. Min. SOARES MUÑOZ, in RTJ 105-865).
- Acidente de trânsito. Atropelamento com morte. Indenizatória proposta por concubina da vítima. Legitimidade reconhecida. (Ap. 323.800, 30.5.84, 3ª C 1º TACSP, Rel. Juiz SOUZA LIMA, in JTA-RT 88-129).

Neste recurso demonstra que devido ao acidente do companheiro, a companheira tendo todos os requisitos para união estável, pode garantir o direito a pensão da empresa proprietária.

Mas adiante temos a súmula nº 35 do Supremo Tribunal Federal que diz:

em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

Tendo este entendimento o tribunal superior do país, instância máxima do poder judiciário, fica evidente que além daqueles titulares o companheiro ou a companheira tem direito a indenização pelos danos sofridos ao seu parceiro(a).

3.2. DANO MORAL

O dano moral é diferente do dano material, visto que o dano moral não tem base no patrimônio, e sim na personalidade da pessoa. Maria Helena Diniz (2014, p. 108) conceitua dano material como aquele que “vem ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa jurídica (...), provocada pelo fato lesivo”.

A constituição federal no seu artigo 5 inciso X que diz “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa, assegurando a direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.

Observamos que deve ter a lesão a vida privada, a honra e a imagem observando que para lesionar precisamos de uma forma subjetiva, isso varia de cada indivíduo, não tendo o mesmo efeito para todos. Temos como exemplo uma notícia publicada de forma incorreta, ofendendo a personalidade da pessoa, esta pode ter sua honra lesionada, causando assim um dano moral.

O código civil, no seu artigo 12, diz que “pode exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade e reclamar perdas e danos”.

Sendo o dano moral, uma lesão ao direito da pessoa, devendo ser verificado, e não pressupõe a verificação dos sentimentos da pessoa, como exemplo sofrimento e dor, com isso podemos dizer que não tem base o dano moral que venha de sofrimento. Temos como exemplo o falecimento de ente querido, para a viúva esta dor pode ser dano moral dependendo do caso concreto, mas para um familiar distante não é a mesma dor que a da viúva.

Para Maria Helena Diniz (2014, p. 111) “não é a dor, angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor a consequência do dano”, temos como exemplo uma pessoa que foi injuriada publicamente são estado de espírito que depende de cada pessoa, ou seja, a dor é diferente em cada ser humano, mas constituem dano moral.

3.2.1 Responsabilidade pelo dano moral

Efemeridade do dano moral, a doutrina entende, que este prejuízo não ter efeito permanente não dificulta seu ressarcimento pois para efeito desta reparação varia conforme seu intervalo de tempo. Podemos dizer que a danos com maiores e menores intervalos de tempos. Assim pensa Maria Helena Diniz

as dores morais podem ter pouca duração, mas há as que são assassinas e que duram uma vida inteira, levando a um permanente decadência física e, muitas vezes, a morte e ao suicídio. Por outro lado (...).Haverá prejuízo sempre que ocorrer uma lesão, de modo que sua reparação será mais ampla ou menos ampla de acordo com as circunstancias.

No caso de escândalo ou discussões, na área de família, em juízo, que tem como base sentimentos íntimos de afeição, acontece muitas vezes no caso de juízes terem que lidar com situação na área de família, divórcios, guarda etc.Existindo, em muitos casos, discussões e até mesmo agressões verbais, poderia isso ser considerado como dano moral?Nestes casos, são vistos com um olhar profissional e técnico, não gerando dano moral.

Sobre a dificuldade de descobrir o dano moral, devemos observar que tal prova não é difícil ou impossível, visto que trata de um indivíduo ligado diretamente a vítima, sendo um vínculo de parentesco ou de amizade, tendo a presunção *juris tantum* (apenas de direito) da existência do dano moral.

O dano moral traz uma impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária, ou seja, não temos como aprofundar o valor certo em dinheiro para reparação do dano moral , temos em mente que o direito não repara a dor, mágoa, sofrimento, apenas da privação de bem (material) sobre a qual teve um dano material, podendo com clareza ser ressarcido o seu valor pecuniário, no caso do dano moral o lesado pode pleitear uma indenização pecuniária , não estipulando o preço para sua dor, devendo este ser dado pelo magistrado na sentença. Por isso não podemos definir quanto é o preço da dor de um pai ter perdido seu filho ou quanto vale o injuria sofrida por uma pessoa, que foi injustiçada, por isso que para cada caso o magistrado deve atentar-se para estipular o dano moral.

Podemos dizer que o dano moral estipulado pelo magistrado tenta trazer para vítima um sentimento de reparação, pois não pode ser absoluto, visto que não vai

sanar o dano moral sofrido, pois este depende do percurso de tempo e não de valor pecuniário. Temos como exemplo o sofrimento que existe aos pais pela morte de um filho querido.

Devemos observar que a lesão não atinge somente a vítima, mas seus parentes, noivos, amigos, cônjuge, namorado podendo se estender até amante. O magistrado deve observar cada caso concreto, para verificar realmente quais são as pessoas lesionadas pelo dano moral, para que seja reparada desta lesão.

Por sinal o magistrado deve condicionar seus esforços para que a reparação seja justa ou equitativa, visto que ele deve agir prudentemente, ouvindo as partes, verificando as provas, para tentar especificar uma indenização moderada.

O magistrado não poderá agir pelo seu bel-prazer, mas com responsabilidade técnica e profissional, deixando suas emoções pessoas de lado, para especificar o caso concreto o dano moral.

Outro ponto específico do dano moral esta elencada no artigo 884 do código civil que diz “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. A reparação do dano moral não tem como base a restituição do patrimônio e neste caso a indenização por desrespeitar a personalidade, e não pode haver uma grande indenização, acontecendo este caso o que artigo 884 do código civil de 2002, enriquecimento sem causa.

Em uma análise no nosso ordenamento jurídico, a reparação pelo dano moral esta admitida no nosso direito positivado, temos como exemplo a pessoa que tem legitimidade e interesse para impetrar uma ação, esta tem base no artigo 3 do código de processo civil e quando aparece o interesse moral ao lado do interesse econômico, justificando assim a ação. Deve ser observado que este interesse econômico e meramente satisfatório.

Na avaliação do dano moral pelo magistrado, deve este observar a culpa do agente, a extensão do prejuízo, capacidade econômica do responsável, depois de analisar estas características deve estabelecer uma base equitativa.

Para Maria Helena Diniz esta avaliação se traduz:

Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. (2010, p. 101)

O enunciado n. 550 da VI jornada de direito civil ensina que “a quantificação da reparação de danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”.

Com isso temos que os danos morais não devem ser tabelados com base no salário mínimo, sendo que não foi recepcionado pela Constituição Federal, sabendo não ser uma tarifa o ideal para reparar o dano moral, pois como visto este é diferente em cada caso.

Portanto, para se falar em dano moral, deve-se elencar os seguintes requisitos (GARBELINI, 2010), como:

1. evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa;
2. não ter tarifação no dano moral;
3. verificar o dano segundo a extensão da gravidade e natureza do dano;
4. atentar as características do caso;
5. levar em conta o contexto do país;
6. ter base provas que convence o dano.

Com base em tudo relatado podemos definir que para o dano moral ter sua efetivação deve ter o caráter compensatório a vítima e punitivo ao causador do dano, demonstrando que sua conduta é condenável pela sociedade, para evitar que reincida na mesma conduta, e tendo uma conduta pedagógica para a sociedade, dando a certeza de ter um comportamento repreensivo pelo ordenamento jurídico.

3.3. DANO ESTÉTICO

No que concerne ao dano estético, é preciso ter em conta que este não pode ser confundido com o dano moral e de modo algum gerar indenização patrimonial. Algumas propostas a respeito do dano estético podem promover confusão, conflito no julgamento da questão.

Vejamos que para LOPEZ (1999, p. 38), o dano estético pode ser definido como

qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um

“enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral.

Diz ela, ainda, que para a responsabilidade civil considere o dano estético “basta a pessoa ter sofrido uma ‘transformação’, não tendo mais aquela aparência que tinha. Há agora um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior.” (p. 38-39).

O conceito extraído de LOPEZ (1999) é problemático, uma vez que tanto o caráter do “enfeamento” quanto as questões de “humilhação e desgostos” são de peculiaridade subjetiva ao dano estético. Todavia, é correto afirmar que o dano seja duradouro e permanente.

Nas palavras do doutrinador, “o dano estético deve manifestar-se de forma duradoura, mesmo que sem carga de definitividade ou irreversibilidade.” (FARIAS et al, 2014, p. 436). Contudo, não é possível que ele esteja limitado a um conceito tanto abstrato quanto arbitrário que é o conceito de “belo”.

Cristiano Chaves de Farias *et al* comenta isso, e, sobre o dano estético, ele nos diz que

para além da visão clássica do dano estético como a desfiguração do ofendido por uma enorme cicatriz ou aleijão, deve ele ser identificado também naqueles casos em que há uma permanente mitigação da pessoa se servir de seu corpo de forma eficiente. Exemplificando, uma ofensa que conduza a vítima à surdez - com perda ou considerável redução do sentido da audição -, será um dano estético, sem que se possa vislumbrar o "enfeamento", que pode vir da amputação de um membro. (2014, p. 436)

No concernente à “humilhação e desgostos”, tais questões, de modo algum, poderão ser consideradas um dano estético, quando muito uma consequência dele. Daí ser preciso fazer a devida distinção para que o processo de indenizatório não contemple aspectos que estão para à causa de danos morais como se esses fossem de dano estético. A Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça entende que “é ilícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Compreende-se que apesar de ambos serem danos extrapatrimoniais, eles não se confundem.

Ainda que se tome o dano estético como um dano morfológico, o aspecto de enfeamento é inadequado. A questão necessita ser abordada como uma questão de saúde do sujeito. Já que

o dano estético é um dano à saúde, o que estende a reparação não só à aparência externa e física da pessoa, como para o dano em situações internas – mesmo que não visíveis -, como são os casos de doenças e ofensas à higidez da saúde da pessoa. (FARIAS et al, 2014, p. 439)

Assim, danos caracterizados pela durabilidade e/ou irreversibilidade, a exemplo de uma cicatriz, de uma amputação, da surdez ou da cegueira, decorrente de acidente ou de violência estaria enquadrada como lesão à saúde, por isso um dano estético. Os traumas decorrentes de tais danos fariam parte de outra abordagem, outra leitura, outra interpretação, outro juízo sob a Lei. Estariam no quadro da subjetividade moral, e não da especificidade estética.

FARIAS *et al* (2014, 440), embora critique a qualificação de certa dimensão de dano à saúde como sendo um “outro prejuízo”, elogia o artigo 949 do Código Civil, que afirma que “no caso da lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido possa ter sofrido”, por este “não se restringir ao aspecto puramente patrimonial”. Diz, ainda, que

a efetiva assimilação do dano estético como resultado de ofensa ao direito fundamental à saúde não apenas lhe autonomiza perante o dano moral – deferindo-lhe legitimidade no plano reparatório -, como igualmente supre a omissão do Código Civil (2014, 440).

Posto isso, é necessário que seja definitivamente rejeitada a concepção de LOPES (1999, p. 45) de que “o dano estético é sempre um dano moral”, embora ele de fato “acarrete um dano moral” (p. 44), este é consequência daquele, não a mesma coisa.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

4.1. CONCEITO

O olhar do direito sobre o fazer do médico é feito sob a perspectiva de uma análise contratual existente entre o médico (formal ou informal, explícita ou implícita) e o paciente e de uma perspectiva que considera a responsabilidade do médico não como algo que ultrapassa o mero acordo de prestação de serviço, como se coubesse ao representante da medicina, ao tratar de um paciente, a obrigação de uma cura, de uma solução definitiva para moléstia que aflige o doente.

Segundo ensinamento de GONÇALVES (2010, p. 256) devemos considerar que a responsabilidade do médico não é, de fato, um compromisso com a cura, mas com o “proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão”.

E como ensina Cristiano Chaves de Farias *et al* (2014, p. 888), “registra-se, em linha de princípio, que podemos nos valer, como critério interpretativo para avaliação da conduta médica, do *dever de tutela do melhor interesse do paciente*”. Daí, compreende-se que cabe ao magistrado verificar se o exercício do médico esteve de acordo com o zelo devido e necessário à sua profissão, já que este deve agir de acordo com os pressupostos científicos mais atuais e eficazes possíveis e conhecidos e, sobretudo, com zelo pela saúde e vida de seu paciente, buscando a garantia do melhor resultado em seu tratamento, tanto quanto isto seja possível.

Uma vez que isso seja verificado, não há porque se falar em responsabilidade do médico, uma vez que, de modo geral, a este cabe a responsabilidade em face de sua culpa, logo, no ocorrer de um erro médico. Pois responsabilizados, civilmente, os médicos, “somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia” (GONÇALVES, 2010, p. 257). Assim, “a responsabilidade civil do médico é subjetiva, depende de culpa”(FARIAS *et al*, 2014, p. 898). A essa culpa, que se caracteriza por imprudência, negligência ou imperícia, chama-se erro. Havendo erro, existe culpa.

Uma vez que haja responsabilidade civil do médico, importa registrar que ele “responde não só por fato próprio como pode vir a responder por fato danoso praticado por terceiros que estejam diretamente sob suas ordens”(GONÇALVES, 2010, p. 258).

Em suma, entende-se que enquanto o procedimento do médico esteve de acordo com o que é devido segundo os conhecimentos e deveres de sua profissão, este não pode ser responsabilizado se em face de avançado estágio da doença, um paciente com câncer venha a óbito sob os seus cuidados ou os de sua equipe.

4.2. HISTÓRICO DO ERRO MÉDICO

A história do erro médico é marcada por uma dupla face (OLIVEIRA, 2010), na qual uma delas era a da total isenção, posto que a medicina era um exercício tido basicamente como um ritual religioso ou confundido como tal. A figura do médico era a figura do “curandeiro” e este era isento de responsabilidade pela cura das doenças. Esta, a cura, era fruto de ação divina. Porém, o processo civilizatório do homem revestiu o contínuo exercício de tratamentos das agruras da saúde de zelo, método e formalidade, ao que o avanço do tempo e da cultura chamou de ciência. Hoje falamos da Ciência Médica.

Conforme o homem avançava e com o avanço deste, também avançavam as práticas de cuidados com a saúde, progrediu em outra instância o modo de legislar sobre todas as coisas. A prática médica primitiva que era tomada como ação divina através das mãos do ator, ou seja, do “médico-curandeiro”, passou gradativamente a ser vista menos de responsabilidade dos deuses e mais de responsabilidade do homem. E sobre este vieram normas e sanções. Contudo, inicialmente a Lei que insidia sobre o (erro) médico era uma legislação, em primeira instância Penal. Essa era a responsabilidade médica, de caráter predominantemente penal. Daí DeltonCroce (1997, p. 3-4) trazer que

É assaz difícil convictamente falar que, nos primórdios da humanidade, no que pertence ao castigo da imprudência médica, existiam preceitos que regulavam de modo específico o dano, a lesão e o homicídio culposos, como forma de vingança privada, primitiva, selvagem, de reação contra o prejuízo sofrido, pois dominava então o materialismo no Direito, com a proclamação do princípio geral do castigo como consequência imediata do dano.

Como vimos no Capítulo I desta monografia, quando estudamos a história do Direito Civil, ocorria um proceder indistinto entre os dois direitos, o Civil e o Penal. A

(alegada) falha médica, por exemplo, era tratada criminalmente. Para ilustrar bem isso vejamos o severo Código de Hamurabi (1792-1752 a.C.) com o princípio do “olho por olho” determinando que se uma pessoa lesasse outrem, deveria sofrer conforme a proporção do dano que causou. Desta forma, temos como exemplo um médico que não fosse bem-sucedido na intervenção cirúrgica; com a situação da morte do paciente ou este ficando cego, causar-se-ia ao médico, se esse fosse culpado, a amputação de sua mão, com a finalidade de evitar que ele não executasse outra intervenção cirúrgica danosa. O Código de Ur-Nammu também tinha prevista a responsabilidade do médico. Além deste, Código de Manu, da Índia, previu multa, prisão e imposição de castigos físicos.

No entanto, evolução do Direito, em especial, do Direito Civil, implicou em transformações em matéria de julgamento e conceituação do erro médico, assim minimizando a severidade penal das condenações a partir dos processos de reparação indenizatória por meio da responsabilidade civil.

4.3. DA IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA

Para que incidisse sobre o médico (supostamente) faltoso a pena por um alegado erro médico, passou a ser, no moderno direito, necessário que se comprovasse a culpa.

Como fora visto há pouco, nas linhas deste trabalho, culpa médica se caracteriza por imprudência, negligência ou imperícia.

Antônio Chaves (1995, p. 19) designa assim a imprudência:

[...] descautela, descuido, prática de ação irrefletida e intempestiva, ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia pressupor.

A tríade culposa constitui um elemento de veras imbricado, incorrendo quase sempre uma parcela do que caracteriza uma como parte constitutiva da outra. Não é simples dizer que o imprudente não foi também negligente ou que lhe faltou imperícia.

Porém, é preciso caracterizar sob ótica geral: a negligência como um ato de omissão médica ou da equipe médica que por quaisquer que pudesse ser a razão não atuasse devidamente na *tutela do melhor interesse do paciente*, a exemplo de um médico que por estar atrasado não afere a pressão do paciente acamado que dali a pouco vem a ter uma crise em decorrência do mal não observado e vem a falecer; a imperícia como a incapacidade intelectual, emocional e/ou técnica de exercer a profissão, a exemplo de um médico que se utilize de métodos ortodoxos motivado por desatualização a respeito dos mais modernos métodos de tratamento de uma determinada doença.

4.4. OBRIGAÇÃO DO MEIO E OBRIGAÇÃO DO RESULTADO

Para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual de responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é a obrigação de “meio” e não de “resultado”. (GONÇALVES, 2010, p. 257)

GONÇALVES (2010) e FARIAS *et al* (2014) concordam que ao médico não cabe a obrigação da cura da doença. O primeiro considera que o médico deve ter com os procedimentos em harmonia com as normas e métodos da medicina, o segundo considera dever do médico o zelo pelo melhor resultado, por aquilo que traz maior benefício para o paciente.

Isso porque embora, como já fora descrito aqui, haja uma relação de contrato entre médico e paciente, essa relação não visa, ou não deve visar, um fim, mas ela é um meio. A relação médico-paciente não é a do doente e seu curador, mas a do acamado e daquele que lhe prestará o melhor serviço no que concerne à busca pela melhora da saúde e qualidade de vida do sujeito-paciente.

Dito isto, frisa-se que é obrigação do médico a demanda de tempo para atender aos seus pacientes, dar-lhes atenção humana, informações (conforme as condições e necessidades), a estes ou a seus familiares, sobre o caráter do tratamento, buscar dentro do seu alcance e gama de conhecimentos as drogas mais eficazes, os métodos mais precisos etc.

Tem-se investigado a questão da responsabilidade do cirurgião plástico. É que diferentemente do médico, em virtude de o paciente estar em busca de um fim

que lhe seja o mais afável, aquele teria para com este, uma relação de consumo que melhor se enquadra no Código de Defesa do Consumidor por ser uma relação que impõe ao médico uma obrigação de resultado.

Apesar disso, o fato não é tão simples, visto que já não se pode considerar a intervenção plástico-cirúrgica exclusivamente pelo viés da estética tradicional, aquela na qual o indivíduo busca unicamente tornar-se ou sentir-se mais belo. Hoje é crescente a cirurgia estética de caráter reparatório, a exemplo da reconstrução da mama de uma mulher que tivesse passado por um procedimento cirúrgico de mastectomia. Havendo nesse caso um (suposto) dano integridade física e/ou a saúde da paciente, o que se considerar? É preciso ter como objeto de avaliação todas as condições e circunstâncias para que se verifique da forma mais precisa a natureza do ocorrido: se o resultado final foi tão ou mais “desagradável” do que o inicial dano mastectômico; se o alegado erro tem a ver com imprudência, negligência ou imperícia etc.

Aqui, verifica-se que ainda há um longo caminho a ser trilhado pela jurisprudência civil.

4.5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

No concernente à jurisprudência civil, o magistrado tem como bússola dois textos basilares. Um é o artigo 951 do Código Civil Brasileiro, que traz o seguinte texto:

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

Neste primeiro caso, temos que o Código Civil penaliza o médico culpado por morte, agravo de mal, lesão ou inabilidade para o trabalho. Ou seja, o ato negligente, imprudente ou incompetente do médico que seja em si mesmo determinante para uma situação de pior do quadro clínico do paciente do que aquele no qual ele se encontrava inicialmente, é passiva de responsabilidade e, em face disto, de fator reparatório, indenizatório.

No segundo caso, o art. 15 do Código Civil Brasileiro traz que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Este caso é bastante interessante, e, até, aqui novo, neste trabalho. É constitucional a preservação da vida e é ético e moral que se cumpra com zelo a manutenção da saúde e bem-estar da pessoa humana. Conforme isto, é inaceitável, para o direito civil que o médico e sua equipe ponham em risco a integridade de um paciente, por tratamento inadequado mediante a sua ortodoxia ou pelo experimentalismo do mesmo. A ação médica deve estar, de modo geral, enquadrada nestes limites legais.

4.6. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Já foi dito que a obrigação do médico é uma obrigação de meio. Esta é a norma geral com a qual a jurisprudência civil trata a obrigação médica e a responsabilidade deste profissional de saúde para com os seus pacientes. Entretanto, ao tocar na delicada questão da responsabilidade do cirurgião plástico, comentamos a adequação do caso ao Código de Defesa do Consumidor. Este, em seu art. 14, § 4º, afirma que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Ora, isto é, mediante os termos legais que considera culpa o fruto da ação de uma imperícia, da ação negligente e da ação imprudente.

No entanto, não é apenas à isto que deve estar submetido o médico. É tendo por base o código de defesa do consumidor, pelo qualé dever do médico informar ao paciente ou aos seus familiares, assim como, em caso de trocas de turnos ou transferência de clínica/hospital, os detalhes do quadro clínico geral do indivíduo que está sob cuidados, além das administrações medicamentosas e tratamento ao qual ele se submete. Isto tem a ver com o *princípio da transparência* “e obriga o fornecedor a prestar todas as informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, ‘bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores’.” (GONÇALVES, 2010, p. 259), segundo o art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

4.7 AÇÃO, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE

Consideremos que a penalização deve ser para ações prejudiciais ao paciente. Seja a ação o ato, por omissão ou não, que tenha por consequência o dano, todo procedimento médico ativo ou passivo que lese o paciente está sujeito às sanções da Lei.

Para Maria Helena Diniz (2014. p.77):

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar.

Caso exemplificador é o da paciente³ “que teve o intestino perfurado acidentalmente durante uma cirurgia para retirar um mioma no útero” e em decorrência disso veio a falecer. A Justiça foi favorável ao seu esposo dando-lhe ganho de causa contra os médicos envolvidos.

Já dito, como dano e ação do agente são pressupostos da responsabilidade, o nexo causal é o elo entre o ato do indivíduo e dano causado. Exemplo, a ação omissiva de um médico negligente que não verificou o prontuário de seu paciente ou não solicitou exames possíveis e, com provável necessidade mediante o caso clínico pode ser tomada como o nexo causal de piora ou mesmo da morte de um paciente, já que

[...] se as condições orgânicas peculiares do paciente (que originaram o dano) pudessem ser previamente verificadas por determinados exames, que *não foram solicitados pelo médico*, a situação muda de figura, porquanto o dano está ligado à ação ou omissão médica, formando o nexo causal (FARIAS et al, 2014, 904) .

4.8 DA PROVA

Existe uma dificuldade marcante nos processos contra médicos sob alegação de erro. É que, em princípio, é da vítima a responsabilidade de provar a ocorrência do erro. Salvo casos grotescos, esta prova é bastante complicada já que não se

³ Portal R7: <http://noticias.r7.com/videos/veja-por-que-cresce-o-numero-de-processos-por-cao-de-erro-medico-no-brasil/idmedia/552287ed0cf239a0c6fe3198.html>

pode deixar de ponderar sobre o fato de que quem examinará e dará suporte ao direito na causa contra o médico acusado, será outro médico ou testemunhas que lhe sejam conhecidas ou pertencentes a sua equipe.

Em favor da vítima está a possibilidade da inversão do ônus da prova, em que caberia ao médico provar ele a sua própria inocência demonstrando que não lhe faltou técnica, prudência e cuidado adequados ao exercício de sua profissão.

Cabe lembrar que as circunstâncias podem evidenciar a culpa, independente da prova produzida pela vítima. Se, em procedimento médico de baixíssimo grau de risco, ocorre dano grave ao paciente, ao médico cabe provar a ausência de culpa. (FARIAS, 2014, p. 904)

No que concerne à produção de provas contra o médico que seja acusado de erro, Cristiano Chaves de Farias *et al*/ faz uma ponderação de grande valor ao asseverar que

é preciso sempre lembrar que nem tudo está sob o controle do médico, por mais diligente que seja. É possível, por exemplo, que em procedimento cirúrgico ocorra parada cardíaca que não esteja, em absoluto, relacionada à ação negligente dos médicos. Não se controlam todas as reações e comportamentos do corpo humano. É possível, por exemplo, que a paciente, mesmo após a laqueadura de trompas, volte a engravidar (em decorrência, digamos, de permeabilidade tubária que recanaliza as trompas). O que se impõe, em casos assim, é investigar se houve o devido e concreto cumprimento dos deveres de informação, esse é o ponto relevante. (2014, p. 889)

4.9 DA CULPA

A respeito de culpa, AGUIAR DIAS (1997, p. 296) nos diz que “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir culpa”.

Fato é que genericamente o dano médico é em grande medida um dano subjetivo, o que minimiza para este o peso que lhe traria um processo no qual o caso fosse deliberado sobre um dano objetivo. Mas, mesmo diante do episódio subjetivo, o que para alguém poderia ter o falso atenuante de que as consequências do alegado erro fossem menores, não obstante esse aspecto, o Código Civil, em seu artigo 944 não exige o critério de gravidade da culpa. Tendo como medida para uma indenização o dano em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa sobre a responsabilidade civil por erro médico é desafiadora, seja por discutir vários ramos do direito os quais tratam do cotidiano da vida social, seja devido a projeção deste tema na sociedade, começando pelo ponto mais fundamental da vida de cidadão, a sua saúde, ou seja ainda pela constante alteração e evolução deste tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme seja observável e de saber comum, o sistema de saúde pública do Brasil vive, há muito tempo, com sérios problemas estruturais e de planejamento, de forma que o serviço público que vem sendo prestado é extremamente ruim.

É claro que se faz necessário considerar os problemas derivados da política e da administração pública. Apesar disso, abordou-se aqui um aspecto teórico elucidativo que nos levou a uma reflexão íntima e a um interesse profundo e profícuo de dar seguimento ao trabalho em campo mais específico, ultrapassando a pura letra teórica e indo de fato aos corredores hospitalares para averiguação dos múltiplos problemas enfrentados por médicos e pacientes e que, sem sombra de dúvidas são elementos determinante para danos de toda sorte à sociedade.

Este *corpus* pretende ser uma introdução para uma nova concepção da responsabilidade civil do médico e o primeiro passo para explorarmos a responsabilidade civil na saúde pública brasileira, desvendando erros, exageros e desvelando e evidenciando verdades.

Para isso, procurou-se mostrar a responsabilidade civil do médico e a problemática que o envolve, sendo que na maioria das vezes, a responsabilidade do médico subjetiva, embora existam situações em que a mesma será objetiva.

É preciso considerar que o erro médico pode trazer consequências irreversíveis para o paciente, e até mesmo a sua morte. Desta forma, as vítimas de erro médico devem tomar todas as medidas a fim de apurarem responsabilidade e eventuais reparações civis em razão do erro do médico.

A legislação brasileira garante o acesso ao poder judiciário para prevenir ou reparar danos das mais variadas naturezas, embora seja sabido existir, principalmente em alguns Estados, certa dificuldade de provar a culpa da conduta domédico, mesmo porque a legislação civil utiliza a teoria subjetiva, pela qual o ônus da prova, ou seja, da comprovação, é de quem alega.

Todavia, a jurisprudência tem considerado em diversas situações que trata-se de relação de consumo, ou seja, na qual há responsabilidade civil objetiva, em que o ônus da prova é invertido, ou seja, cabe ao médico comprovar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Isso traz uma importante evolução, já que o paciente tem, normalmente, grande dificuldade de encontrar a verdade e comprovar que o erro foi em razão da má atuação do médico.

Não se pode deixar de considerar que a obrigação do médico é uma obrigação de meio, ou seja, não é possível dele exigir o resultado. Todavia cirurgias estéticas, por exemplo, saem desta perspectiva, já que nelas se espera o resultado.

Diante disto, fica evidente a importância da relação entre o médico e o paciente, isso quando é possível, já que em alguns casos ela surgirá em razão de uma emergência, quando será travada uma relação extracontratual.

Em todos os casos, o médico deve agir com o máximo de cautela, uma vez que mesmo tendo todos os conhecimentos técnicos, há vários tipos lesões e procedimentos específicos, exigindo grande atualização e perícia por parte do médico e sua equipe, além de ter o mesmo que contar com o mínimo de condição estrutural, sem a qual seu trabalho poderá estar comprometida.

Quando houver alguma lesão ao direito do paciente, surgirá para o mesmo a pretensão de ver do Estado a reparação ao seu dano, quando o judiciário passará a analisar a responsabilidade civil do médico, observando sua técnica, a estrutura que dispunha, o risco envolvido e os prejuízos causados ao paciente.

No entanto, como de costume no direito, caberá ao juízo analisar cada caso concreto e suas especificidades para saber se está diante de uma responsabilidade civil objetiva ou subjetiva em razão do erro médico, o que será determinante para se apurar as responsabilidades, a extensão do dano e o quantum da indenização, quando ela couber.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio (Coords.). **Vade Mecum**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2015

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1995

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil, volume 7, responsabilidade civil**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DJI - Índice Fundamental do Direito. Disponível em: <http://www.realjus.com.br/dji/jurisprudencia/acidente_transito_indenizacao_concubinos.htm>. Acesso em: 09 abr. 2015

FARIAS et al. **Curso de Direito Civil Vol.3: Responsabilidade Civil**. Salvador: Editora Juspodium, 2014.

GARBELLINI, Luis Henrique. "Critérios de fixação do dano moral no Judiciário estadual e federal". **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2680, 2 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17748>>. Acesso em: 29 mai. 2015.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

IGNÁCIO, Aline Letícia. **Responsabilidade Civil decorrente de erro médico**. 2003. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/194/194>>. Acesso em: 07 abr. 2015

INFOESCOLA. História de Portugal. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/historia-de-portugal/>>. Acesso em 08 mar. 2015

ITÁLIA. **Código Civil.** Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36458>>. Acesso em 09 abr. 2015

LOPEZ, T. A. **O dano estético: responsabilidade civil.** 2ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MAEDA, Renata de Souza. **Pressuposto da responsabilidade civil: nexos causal,** Teresina: Jus Navigandi, ano 19, n. 3933, 8 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27530>>. Acesso em: 07abr. 2015.

OLIVEIRA, Vanessa de. **Responsabilidade Civil em erro médico.** Durados, 2010.
REIS, Clayton. **Dano Moral.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SANTOS, Pablo de Paula Raul. "Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais". Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 29 mai. 2015

VALEIXO, Márcia Regina Nunes de Souza; PEREIRA, Gabriel Bittencourt. "As Ações de Indenização por Erro Médico: Suas Dificuldades e Desafios" in **Revista Judiciária do Paraná.** Curitiba: Amapar, v1 . nº5, 2013.

ANEXOS

Anexo A

STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL :AREsp 532742 RJ 2014/0143277-8

Dados Gerais

Processo: AREsp 532742 RJ 2014/0143277-8**Relator(a):** Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**Publicação:** DJ 10/12/2014

Decisão

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 532.742 - RJ (2014/0143277-8)
 RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA AGRAVANTE: HIMJA HOSPITAL INFANTIL E MATERNIDADE JARDIM AMÁLIA LTDA ADVOGADOS: MARCO AURÉLIO MOREIRA GUIMARÃES E OUTRO (S) MARGARETH RODRIGUES OLIVEIRA GUIMARÃES ROBERTA ALINE OLIVEIRA GUIMARÃES AGRAVADO: A DE P G F (MENOR) REPR. POR: M K DE P G ADVOGADO: CAROLINA RABELLO DE ARAÚJO E OUTRO (S) DECISÃO Trata-se de agravo contra decisão denegatória de recurso especial. O apelo extremo foi interposto por HIMJA HOSPITAL INFANTIL E MATERNIDADE JARDIM AMÁLIA LTDA., com arrimo no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado: "PROCESSUAL CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. Agravo retido não reiterado e não conhecido. Responsabilidade objetiva do hospital. Lesão braquial superior esquerda ocorrida em parto normal. Criança com mais de quatro quilos. Principal fator de risco para ocorrência daquela lesão. Seu conhecimento prévio. Indicação de cesariana para minimizar riscos. Providência não observada. Ausência de defeito do serviço não demonstrada. Ônus do fornecedor. Aplicação do art. 14, § 3º, do CDC. Dano moral configurado in reipsa. Verba adequada. DEMANDA REGRESSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL. Parto com uso de fórceps. Elemento subjetivo indemonstrado. Segundo recurso a que se nega provimento e primeiro provido" (e-STJ fl. 780). Em suas razões (e-STJ fls. 818/846), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 186, 927, 932, 933 e 951 do Código Civil, 535 do Código de Processo Civil e 14, § 4º, e 34 do Código de Defesa do Consumidor e da Súmula nº 341/STJ. Sustenta, em síntese, que, decidindo o tribunal estadual pela ausência

de culpa do médico, não é possível a condenação do hospital com base na responsabilidade objetiva. Sustenta, ainda, omissão do acórdão recorrido. É o relatório. DECIDO. Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo, passa-se à análise do próprio recurso especial. A irresignação merece prosperar. Inicialmente, verifica-se que o acórdão recorrido não padece de nenhum dos vícios ensejadores dos embargos declaratórios, enumerados no art. 535 do Código de Processo Civil: obscuridade, contradição ou omissão. Outrossim, impende asseverar que cabe ao julgador apreciar os fatos e provas da demanda segundo seu livre convencimento, declinando, ainda que de forma sucinta, os fundamentos que o levaram a solucionar a lide. Desse modo, não há falar em deficiência de fundamentação da decisão ou não acolhimento de teses ventiladas pela parte recorrente, mormente, reiterar-se, se o acórdão abordar todos os pontos relevantes da controvérsia, como na espécie. A propósito: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ARGUMENTOS DO RECURSO ESPECIAL CUJA ANÁLISE DEPENDE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. 1. Não há ofensa aos arts. 165, 458, 515 e 535 do CPC se o tribunal de origem se pronuncia fundamentadamente sobre as questões postas a exame, dando suficiente solução à lide, sem incorrer em qualquer vício capaz de maculá-lo. 2. Com base nos elementos circunstanciais da demanda, a corte local entendeu que os devedores não têm direito ao alongamento da dívida em decorrência de ação dolosa, o que, para ser desconstituído, impõe reexame de matéria fático-probatória da lide, vedado nesta sede (Súmula 7 do STJ). Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 930.113/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 6/10/2011, DJe 13/10/2011). Já no que diz respeito à responsabilidade do hospital, razão assiste ao recorrente. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o hospital responde objetivamente por defeito nos serviços prestados quanto a fornecimento de materiais, serviços dos profissionais auxiliares, internações (REsp nº 1.145.728/MG, Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado 28/6/2011, DJe 8/9/2011). Nos casos de comprovação de erro médico, se há vínculo entre o profissional e a instituição de saúde, também responde o hospital de forma objetiva. No entanto, na espécie, o tribunal de origem entendeu que não ficou comprovada a culpa do médico que realizou o parto. Nessa situação, não tem responsabilidade o hospital. A propósito: "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO E DE HOSPITAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO VERIFICADA. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. SÚMULA 7/STJ. (...) 3. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC,

no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes. 4. 'O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si' (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 17/09/2007, p. 285). 5. A responsabilidade objetiva prescinde de culpa (parágrafo único do art. 927 do Código Civil). No entanto, é necessária a ocorrência dos demais elementos da responsabilidade subjetiva, o que não ocorreu no caso dos autos. 6. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 7/STJ). 7. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp nº 1.385.734/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado 26/8/2014, DJe 1º/9/2014). "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MÉDICO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CULPA. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. SUBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O eg. Tribunal de origem concluiu que a autora não conseguiu demonstrar que o corpo estranho encontrado em seu abdômen foi deixado pelo preposto médico do hospital ora agravado, no procedimento cirúrgico de 1993, pois teria realizado outra cirurgia anteriormente. Modificar tal entendimento demandaria análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 2. No julgamento do REsp 258.389/SP, da relatoria do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES (DJ de 16.6.2005), este Pretório já decidiu que 'a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes'. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 – STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto), de modo que não comporta guarida a assertiva de que a responsabilidade do hospital seria objetiva na hipótese. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no Ag nº 1.261.145/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado 13.8.2013, DJe 3.9.2013). Ante exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial a fim de julgar improcedente a ação, arcando o autor com as despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000, 00 (dois mil reais), observada a justiça gratuita, se for o caso. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 24 de novembro de 2014. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Relator

Resp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 17/09/2007, p. 285. STJ, sobre Responsabilidade Subjetiva.

Anexo B

*Superior Tribunal de Justiça***AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 532.742 - RJ (2014/0143277-8)**

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
AGRAVANTE : **HIMJA HOSPITAL INFANTIL E MATERNIDADE JARDIM AMÁLIA LTDA**
ADVOGADOS : **MARCO AURÉLIO MOREIRA GUMARÃES E OUTRO(S)**
MARGARETH RODRIGUES OLIVEIRA GUMARÃES
ROBERTA ALINE OLIVEIRA GUMARÃES
AGRAVADO : **A DE P G F (MENOR)**
REPR. POR : **M K DE P G**
ADVOGADO : **CAROLINA RABELLO DE ARAÚJO E OUTRO(S)**

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão denegatória de recurso especial. O apelo extremo foi interposto por HIMJA HOSPITAL INFANTIL E MATERNIDADE JARDIM AMÁLIA LTDA., com arrimo no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. Agravo retido não reterido e não conhecido. Responsabilidade objetiva do hospital. Lesão braquial superior esquerda ocorrida em parto normal. Criança com mais de quatro quilos. Principal fator de risco para ocorrência daquela lesão. Seu conhecimento prévio. Indicação de cesariana para minimizar riscos. Providência não observada. Ausência de defeito do serviço não demonstrada. Ônus do fornecedor. Aplicação do art. 14, §3º, do CDC. Dano moral configurado in re ipsa. Verba adequada. DEMANDA REGRESSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LÍBERAL. Parto com uso de fórceps. Elemento subjetivo indemonstrado. Segundo recluso a que se nega provimento e primeiro provido" (e-STJ fl. 780).

Em suas razões (e-STJ fl. 818/846), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 186, 927, 932, 933 e 951 do Código Civil, 535 do Código de Processo Civil e 14, § 4º, e 34 do Código de Defesa do Consumidor e da Súmula nº 341/STJ.

Sustenta, em síntese, que, decidindo o tribunal estadual pela ausência de culpa do médico, não é possível a condenação do hospital com base na responsabilidade objetiva. Sustenta, ainda, omissão do acórdão recorrido.

É o relatório.

DECIDO.

Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo, passa-se à análise do próprio recurso especial.

A intimação merece prosperar.

Inicialmente, verifica-se que o acórdão recorrido não padece de nenhum dos vícios ensejadores dos embargos declaratórios, enumerados no art. 535 do Código de Processo Civil:

Superior Tribunal de Justiça

obscuridade, contradição ou omissão.

Outrossim, impende asseverar que cabe ao julgador apreciar os fatos e provas da demanda segundo seu livre convencimento, declinando, ainda que de forma sucinta, os fundamentos que o levaram a solucionar a lide. Desse modo, não há falar em deficiência de fundamentação da decisão o não acolhimento de teses ventiladas pela parte recorrente, mormente, reitere-se, se o acórdão abordar todos os pontos relevantes da controvérsia, como na espécie.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 165, 453 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA ARGUMENTOS DO RECURSO ESPECIAL CUIUS ANÁLISE DEPENDE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. 1. Não há ofensa aos arts. 165, 453, 515 e 535 do CPC se o tribunal de origem se pronuncia fundamentadamente sobre as questões postas a exame, dando suficiente solução à lide, sem incorrer em qualquer vício capaz de maculá-la. 2. Com base nos elementos circunstanciais da demanda, a corte local entendeu que os devedores não têm direito ao alongamento da dívida em decorrência de ação dolosa, o que, para ser desconstituído, impõe reexame de matéria fático-probatória da lide, vedado nesta sede (Súmula 7 do STJ). Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no Ag 930.113/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 6/10/2011, DJe 13/10/2011).

Já no que diz respeito à responsabilidade do hospital, razão assiste ao recorrente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o hospital responde objetivamente por defeito nos serviços prestados quanto a fornecimento de materiais, serviços dos profissionais auxiliares, internações (REsp nº 1.145.728/MG, Rel. p/ acórdão Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado 28/6/2011, DJe 8/9/2011). Nos casos de comprovação de erro médico, se há vínculo entre o profissional e a instituição de saúde, também responde o hospital de forma objetiva.

No entanto, na espécie, o tribunal de origem entendeu que não ficou comprovada a culpa do médico que realizou o parto. Nessa situação, não tem responsabilidade o hospital.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO E DE HOSPITAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO VERIFICADA. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar

Superior Tribunal de Justiça

objetivamente o hospital. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes.

4. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2007, DJ 17/09/2007, p. 288).

5. A responsabilidade objetiva prescinde de culpa (parágrafo único do art. 927 do Código Civil). No entanto, é necessária a ocorrência dos demais elementos da responsabilidade subjetiva, o que não ocorreu no caso dos autos.

6. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 7/STJ).

7. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp nº 1.885.784/RJ, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado 26/8/2014, DJe 1º/9/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MÉDICO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CULPA. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. SUBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O eg. Tribunal de origem concluiu que a autora não conseguiu demonstrar que o corpo estranho encontrado em seu abdômen foi deixado pelo preposto médico do hospital ora agravado, no procedimento cirúrgico de 1998, pois teria realizado outra cirurgia anteriormente. Modificar tal entendimento demandaria análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

2. No julgamento do REsp 258.889/SP, da relatoria do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES (DJ de 16.6.2006), este Pretório já decidiu que 'a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes'. Nesse sentido são as normas dos arts. 169, 1621, III e 1646 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 961 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STJ (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto), de modo que não comporta guarida a assertiva de que a responsabilidade do hospital seria objetiva na hipótese.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no Ag nº 1.261.145/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado 13.8.2013, DJe 3.9.2013).

Ante exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial a fim de julgar improcedente a ação, arcando o autor com as despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), observada a justiça gratuita, se for o caso.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 24 de novembro de 2014.

Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA
Relator

Anexo C**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE**

ACÓRDÃO: 201319291
 APELAÇÃO CÍVEL 6801/2013
 PROCESSO: 2013215867
 RELATOR: DES. OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO

APELANTE	UNIMED – COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO	Advogado(a): FÁBIO FARIA SILVA
APELADO	NILCE DE ARAÚJO SANTOS SILVA	Defensor(a): JOSÉ EDUARDO WIRGUES CAÇÃO
APELADO	JOSE ROBERTO PEREIRA DA SILVA	Defensor(a): JOSÉ EDUARDO WIRGUES CAÇÃO

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – RECUSA DA COBERTURA DO SEGURO DE SAÚDE AMPARADA EM CONTRATO ESTABELECIDO ENTRE AS PARTES – INEXISTÊNCIA DE ABALO MORAL – REPARAÇÃO INCABÍVEL – REFORMA DA SENTENÇA NESTE ASPECTO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NO TOCANTE À TUTELA ANTECIPADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – DECISÃO POR MAIORIA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Grupo I, da 1ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por maioria, em conhecer do recurso para lhe dar parcial provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Aracaju/SE, 16 de Dezembro de 2013.

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
 RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, interposta por JOSÉ ROBERTO PEREIRA DA SILVA e NILCE DE ARAÚJO SANTOS SILVA em face da UNIMED SERGIPE – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, julgada parcialmente procedente pelo Juízo de Direito da 11ª Vara Cível de Aracaju, em 13 de maio de 2013. Alegaram os Autores serem usuários da Cooperativa Médica Unimed Sergipe, opção 703.788/99-1 – UNIVIDA ESPECIAL PLUS I, sendo a Demandante titular e o Autor na condição de dependente, tendo sido esse último acometido de grave enfermidade (Doença Pulmonar Grave), necessitando de transplante dos dois pulmões. Ponderou que no Estado de Sergipe não é possível a realização de transplante de pulmões, razão pela qual houve encaminhamento médico para a realização do procedimento do Autor na Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, informando que na referida Unidade, tal tipo de transplante é realizado em larga escala. Aduziu a necessidade de ser transportado em UTI aérea, com oxigênio, profissionais especializados para atendimento de intercorrências graves e isolado de qualquer tipo de odor forte ou fumaça, já que seriam motivos para o desencadeamento de crises graves de insuficiência respiratória. Afirmou que se acometido de nova crise respiratória, já foi advertido pela equipe médica, que poderá vir a óbito, não havendo outra saída para a locomoção do Autor senão o transporte em UTI aérea. Relatou que houve a negativa de autorização por parte da Requerida, sob alegação exclusiva de que tais benefícios não estariam cobertos pelo plano. Ressaltou que o transplante a ser realizado na cidade de Porto Alegre/RS será custeado pelo Sistema Único de Saúde. Concessão de tutela antecipatória às fls. 49/50, in verbis: “ (...) Por tais razões, defiro a tutela antecipada para determinar que o demandado realize , no prazo de 5 (cinco) dias, o transporte do Sr. José Roberto Pereira da Silva para a cidade de Porto Alegre-RS, por meio de UTI aérea, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em caso de descumprimento da presente decisão pelo demandado.(...)”. Citada, a Ré apresentou defesa processual em forma de contestação às fls. 66/73, alegando, em suma, que para a remoção é necessário, de acordo com o contrato firmado entre as partes, que o paciente esteja previamente internado, o que não ocorreu no caso em tela, bem como, não prevê transplante de pulmão e inexistência de danos morais. Requereu a improcedência do pleito autoral. Às fls. 122/125, o Sentenciante singular julgou procedente em parte os pleitos Autorais, nos seguintes termos: “(...) Pelo exposto, julgo procedente a pretensão autoral, para confirmar em todos os seus termos a tutela antecipada já concedida, que torno definitiva. Por fim, quanto ao pedido de reparação de danos morais, julgo-o procedente em parte, para condenar a ré a pagar unicamente ao autor JOSÉ ROBERTO PEREIRA DA SILVA, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com juros de mora desde a citação, e atualização monetária a partir da publicação da sentença.(...)”. Irresignada, a UNIMED SERGIPE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DE SERGIPE apelou às fls. 126/131, visando ver reformada a sentença singular, sob o argumento de que a negativa de prestação do serviço solicitado pelo Autor, encontra embasamento no contrato firmado entre as partes que não prevê remoção sem que o paciente esteja internado, bem como, transplante de

pulmão, não se podendo visualizar, deste modo, qualquer forma de abusividade em sua conduta ao não autorizar o aludido transporte. Por fim, aduziu haver a Julgadora a quo na decisão ora combatida, desrespeitado o princípio constitucional do ato jurídico perfeito e do equilíbrio econômico, requerendo a reforma da decisão, no sentido de desobrigar a Demandada à cobertura e conseqüente custeio do transporte requerido pelo Autor, a exclusão da condenação por dano moral ou a sua redução. Sem contrarrazões. Instado a se manifestar, o Parquet opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, para reformar a decisão a quo apenas no sentido de afastar a condenação por danos morais. É o relatório.

VOTO

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO (designado para lavrar o acórdão): Conheço do recurso tendo em vista o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade. Cuida-se o presente feito de pedido indenizatório formulado por NILCE DE ARAÚJO SANTOS SILVA e JOSÉ ROBERTO PEREIRA DA SILVA tendo em vista a recusa pelo plano de saúde requerido do fornecimento de UTI móvel e transplante de pulmão. O I. Magistrado a quo entendeu pela procedência do pleito autoral, condenando a recorrente em danos morais no montante de R\$20.000,00(vinte mil reais). Insurge-se a UNIMED visando a reforma da sentença, alegando, para tanto, que a negativa da prestação do serviço solicitado pelo Autor encontra embasamento no contrato firmado entre as partes, que não prevê remoção sem que o paciente esteja internado, bem como transplante de pulmão, de modo que não resta configurada qualquer abusividade em sua conduta ao não autorizar o transplante. Pois bem. Em princípio, devo afirmar ser perfeitamente possível haver um dano extrapatrimonial, em decorrência do descumprimento de cláusula contratual. O tema foi muito bem abordado na obra de Rui Stoco– Tratado de Responsabilidade Civil – com as seguintes ponderações: Não se deslembre, porém, que a responsabilidade contratual e extracontratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a idéia de responsabilidade, como enfatizado, é uma, Desse exórdio extrai-se a conclusão básica no sentido de que a responsabilidade, contratual ou extracontratual, objetiva ... ou subjetiva ou aquiliana, baseada na culpa, conduzem na mesma direção: o dever de reparar o dano. Esse dano é que se bifurca e se direciona para duas vertentes: o prejuízo de ordem material ou patrimonial e o impropriamente chamado dano moral. Mas, insista-se, a origem do dano é a mesma e a conseqüência do comportamento da pessoa é a eclosão de um dano. Dessarte, na responsabilidade dita contratual, em razão do inadimplemento de cláusula, ou da avença como um todo, o inadimplente tanto poderá obrigar-se a reparar o dano patrimonial como, eventualmente, ser compelido a compor o dano moral. ... O pranteado e saudoso Carlos Alberto Bittar lembrava que a ruptura injusta de um contrato pode acarretar diminuição patrimonial pela falta de ingresso de numerário; perda de eventual negócio outro encetado; sensação de desconforto por impossibilidade de pagamento de dívida existente; constrangimento pessoal; situação vexatória pela inadimplência ...(Reparação civil por danos morais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1992. N.8, p.51). ...(Dano moral, 2.ed.Sã Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.529-533) – Grifei. Portanto, pouco importa a origem do dano, decorrente de um descumprimento de cláusula contratual ou

decorrente de violação a direito de outrem sem qualquer liame jurídico entre a vítima e o causador do dano – responsabilidade aquiliana. Importa averiguar se houve um dano, patrimonial ou extrapatrimonial, o qual deve ser ressarcido. Entretanto, embora cabível a reparação moral decorrente de uma relação contratual é imperioso analisar as peculiaridades caso a caso. Por essa linha, então, observo que a negativa de autorização da Unimed do transporte do autor através de UTI móvel aérea tinha amparo nas cláusulas contratadas e, portanto, não se justifica a indenização, visto que inexistente o abalo moral. Segue jurisprudência deste E. Tribunal neste sentido: APELAÇÃO CÍVEL DA UNIMED E RECURSO ADESIVO DA AUTORA – AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA DECORRENTE DE CIRURGIA BARIÁTRICA POR OBESIDADE MÓRBIDA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER NÃO ESTÉTICO – PERDA ACENTUADA DE PESO (53kg) – RECONSTRUÇÃO MAMÁRIA COM COLOCAÇÃO DE PRÓTESES – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE EXCLUI TAL PROCEDIMENTO – ABUSIVIDADE – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 10942/2011, 15ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, JOÃO HORA NETO, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 15/07/2013) Por outro lado, a necessidade de remoção do paciente via UTI aérea foi devidamente comprovada pelos relatórios médicos acostados aos autos, não havendo que se falar em revogação da decisão que antecipou os efeitos da tutela, por força do que dispõe o art.12, II, e da Lei 9.656/98, in verbis: Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: (...) II – quando incluir internação hospitalar: (...) e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; Deste modo, data máxima vênia, voto pelo parcial provimento do recurso, para reformar a sentença, afastando a condenação em danos morais. É como voto. Aracaju, 16 de dezembro de 2013. DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO Relator

Aracaju/SE, 16 de Dezembro de 2013.

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
RELATOR

O recurso preencheu os requisitos de admissibilidade, razão pela qual o conheço e passo a apreciar-lhe o mérito. Cuida-se de Apelação Cível interposta pela UNIMED SERGIPE – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DE SERGIPE, visando reformar a sentença singular proferida pelo Juízo de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, nos autos da AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA interposta por JOSÉ ROBERTO PEREIRA DA SILVA, que fora julgada parcialmente procedente pelo Juízo de Direito da 11ª Vara Cível de Aracaju, em 13 de maio de 2013, in verbis: (...) Pelo exposto, julgo procedente a pretensão autoral, para confirmar em todos os seus termos a tutela antecipada já concedida, que torno definitiva. Por fim, quanto ao pedido de reparação de danos morais, julgo-o procedente em parte, para condenar a ré a pagar unicamente ao autor JOSÉ ROBERTO PEREIRA DA SILVA, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com juros de mora desde a citação, e atualização monetária a partir da publicação da sentença(...). Irresignada, a UNIMED SERGIPE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DE SERGIPE apelou às fls. 126/131, visando ver reformada a sentença singular, sob o argumento de que a negativa de prestação do serviço solicitado pelo Autor, encontra embasamento no contrato firmado entre as partes que não prevê remoção sem que o paciente esteja internado, bem como, transplante de pulmão, não se podendo visualizar, deste modo, qualquer forma de abusividade em sua conduta ao não autorizar o aludido transporte. Por fim, aduziu haver a Julgadora a quo na decisão ora combatida, desrespeitado o princípio constitucional do ato jurídico perfeito e do equilíbrio econômico, requerendo a reforma da decisão, no sentido de desobrigar a Demandada à cobertura e conseqüente custeio do transporte requerido pelo Autor, a exclusão da condenação por dano moral ou a sua redução. Desde logo, cabe-me ressaltar que a relação existente entre a Apelante e o Apelado caracteriza-se como de consumo, por se enquadrar perfeitamente nas normas contidas nos artigos 2º e 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a Unimed Sergipe é autêntica prestadora de serviços e a Apelada consumidora. Sobre o tema, a Súmula 469 do STJ e a jurisprudência pátria, in litteris: Súmula 469 – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano desáude. (Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24.11.2010, Dje 06.12.2010). AÇÃO COMINATÓRIA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS – RELAÇÃO DE CONSUMO – UNIMED-JUIZ DE FORA – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE URGÊNCIA – HOSPITAL CONVENIADO À UNIMED-PAULISTANA – ATENDIMENTO VIA INTERCÂMBIO – TABELA PRÓPRIA – COBERTURA – DANOS MORAIS – CONFIGURAÇÃO – MONTANTE INDENIZATÓRIO. 1. Aos contratos de prestação de serviços médico-hospitalares, nitidamente de adesão, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual as cláusulas restritivas de direito devem ser interpretadas de modo a proteger a vida e a dignidade da pessoa humana, o que excepcionalmente, diante do caso concreto, viabiliza que o atendimento seja realizado em hospital que pratica tabela própria. 2. Verificado que o quadro de urgência-emergência demanda seja a associada de plano de saúde internada e submetida a procedimento cirúrgico de alta complexidade, aliado ao fato de que a rede conveniada da Unimed da cidade de origem não dispunha de capacitação técnica necessária à intervenção, presentes se encontram as causas que justificam seja o atendimento realizado por médico de outra instituição hospitalar, situada em outro Estado, mas que atende pelo sistema de intercâmbio mantido com a Unimed. 3. A recusa de autorização para que a associada de plano de saúde se submetesse a procedimento cirúrgico de urgência/emergência em hospital situado em outro Estado, cujo atendimento se dá pelo sistema de intercâmbio, constitui ato de negligência, caracterizador de ofensa moral à paciente que, com o passar do tempo, via seu quadro clínico e psicológico se agravar. 4. Na fixação dos danos morais devem ser observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade,

evitando-se que o valor deferido seja excessivo, a gerar enriquecimento sem causa, ou ínfimo, a não impedir a reiteração do ilícito. (TJMG, Apelação Cível 1.0145.10.023469-2/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 15.01.2013). A propósito, o escólio de José Geraldo Brito Filomeno: Por outro lado, porém, tomando-se como exemplo uma entidade associativa cujo fim precípua é a prestação de serviços de assistência médica, cobrando para tanto mensalidade ou outro tipo de contribuição, não resta dúvida de que será considerada fornecedora desses mesmos serviços. E isto pela simples razão de que, destinando-se (a associação), especificamente, à prestação daqueles serviços, e não à gestão da coisa comum, suas atividades se revestem da mesma natureza que caracterizam as relações de consumo. E, em conseqüência, pressupõem um fornecedor, de um lado, e uma universalidade de consumidores, de outro, tendo por objeto a prestação de serviços bem determinados, quer por si, ou mediante o concurso de terceiros. (in Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, 5ª 59S. Rio de Janeiro, 1998, p. 38), Ada Pelegrini Grinover e 59Salli). Destarte, dúvidas não há a respeito da submissão dos contratos de Plano de Saúde ao Código de Proteção do Consumidor, devendo sob este prisma ser analisado o presente feito. Ressalte-se, nessa quadra, que o contrato de prestação de serviços médicos em pauta, trata-se de contrato tipicamente de adesão, pois as condições foram unilateralmente impostas pelo fornecedor, cabendo ao consumidor simplesmente aceitá-lo ou rejeitá-lo. Nesse mesmo sentido, o disposto no art. 54, caput, do CDC, dispõe: Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (...). A doutrina, por seu turno, assinala três circunstâncias que caracterizam um contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte. (Cláudia Lima Marques, in Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais, 3ª 59S. São Paulo, RT, 1998, p. 72). Note-se que na hipótese vertente, todos esses elementos estão presentes no contrato firmado entre a parte Autora e a Requerida. Com efeito, a ausência de uma fase pré-negocial decisiva e a desigualdade no poder de barganha, evidentemente, fazem com que o consumidor se torne parte vulnerável na relação. Diante de tais circunstâncias, é necessária a utilização de mecanismos que favoreçam o consumidor para se dar equilíbrio e a igualdade material à relação, por isso, inegável abusividade de não cobertura pela empresa de plano de saúde, de procedimento que comprometa o próprio objeto do contrato. No mesmo sentido a lição de Cláudia Lima Marques: No caso dos contratos, o problema é o desequilíbrio flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I), é o pólo mais fraco da relação, pois não pode discutir o conteúdo do contrato ou a informação recebida; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção, pegar ou largar, isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio fático de forças nas relações de consumo é a justificção para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é

desigual fática e juridicamente. Aqui, os dois grandes princípios da Justiça moderna (liberdade e igualdade) (assim ensina, em seu novo livro 'A Volta à Justiça, o jus filósofo alemão Braun, p. 142 e 60S), combinam-se para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento desigual a favor do outro (favor debelis), compensando a 'fragilidade/fraqueza, de um com normas protetivas (Calais-Auloy, 4 ed.Nº 18), controladoras da atividade do outro, resultando no desequilíbrio da situação fática e jurídica. (in Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 73). Assim, o contrato deve ser interpretado de forma mais favorável ao aderente, segundo os artigos 47 e 54, § 3º, e § 4º, do CDC, sendo este último garantidor de que o consumidor seja favorecido na interpretação do contrato e que tenha acesso a todas as informações dos termos da avença. Em seu inconformismo, pugnou a Demandada pela reforma da decisão, aduzindo a inexistência de abusividade na negativa de autorização do transporte do Autor através de UTI móvel aérea, vez que o contrato firmado entre as partes não prevê remoção quando o paciente não está internado, alegando ainda que o contrato também não prevê transplante de pulmão. Assim, requereu a reforma da decisão para o fim de que fosse desobrigada a proceder à cobertura da remoção requerida pela parte autora. Nesse contexto, mister trazer a destaque excerto da decisão guerreada em que a Magistrada sentenciante decidiu a demanda, nos seguintes termos: (...) De maneira expressa, a cláusula 6.14 do contrato, invocada pela ré, veda a remoção após alta hospitalar ou por simples vontade do usuário, sem imperativo de ordem médica. Contudo, no caso em tela, há imperativo de ordem médica, não se trata de mero capricho do post

Ulante. Com efeito, a inicial está recheada de relatórios e atestados médicos, revelando a grave doença pulmonar do demandante. Releva destacar os relatórios de fls. 41, 42, 45 e 46, da lavra da médica pneumologista ANAELZE S. TAVARES TOJAL, credenciada da UNIMED, indicando a doença do autor, e a necessidade de encaminhamento para Porto Alegre, para transplante de pulmão, necessitando de acompanhante durante todo o período de internação hospitalar. Segundo a médica, ele necessita de transporte em UTI NO AR (fls. 42). Não se trata, como visto, de um mero capricho do paciente. Pelo contrário, a gravidade do seu quadro não lhe concede outra alternativa, senão o transplante de pulmão, que, por não ser feito em Sergipe, requer o seu transporte pela UTI NO AR até uma localidade que faça o procedimento, no caso, Porto Alegre/RS. Vale ressaltar que o contrato, na cláusula 5.10.7 (fls. 22) é expresso ao rezar: A UNIMED SERGIPE proporcionará ao seu usuário remoção, aérea e/ou terrestre, inter-hospitalar, comprovadamente necessária, conforme parecer do médico cooperado responsável pelo paciente e da equipe médica responsável pelo traslado, dentro da abrangência geográfica prevista no contrato, desde que atendidas as exigências contratuais e critérios técnicos aeromédicos vigentes. Convém ainda observar que o autor deixou claro na petição de começo, que não fará o transplante pela UNIMED, mas sim, pelo SUS. O que ele busca na presente demanda é tão somente o fornecimento do transporte via UTI AÉREA. Daí que, o argumento da acionada de que o transplante não é coberto contratualmente, em nada lhe aproveita. Vê-se pois com facilidade que estão presentes todos os requisitos para a concessão do transporte pela UTI NO AR, conforme fora pedido na exordial. É válido argumentar, ademais, que, sendo a doença pulmonar do requerente coberta pelo contrato, e não sendo possível fazer o necessário tratamento em Sergipe, a UNIMED deve, forçosamente, proporcionar todos os meios indispensáveis para que o autor se trate em outra localidade. Caso contrário, haveria flagrante descumprimento

contratual, e qualquer cláusula em sentido contrário seria abusiva e nula, por impingir ao consumidor uma desvantagem exagerada, a teor do art. 51, IV, da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor). (...). Com efeito, tenho que a decisão monocrática não merece substancial censura. Explico as razões do meu convencimento. É fato incontroverso, nos autos, a celebração de contrato particular de prestação de serviço médico-hospitalar entre as partes datado de 22.06.2010 (fls. 23/28), bem como a negativa de transferência do Autor através de UTI móvel inviabilizando, assim, o transplante dos pulmões dele, sob o argumento de que o contrato firmado entre as partes não cobre remoção se o paciente não estiver internado e também não prevê a cobertura de transplante de pulmões. Vale ressaltar que o objeto do presente contrato é a prevenção de enfermidades bem como a recuperação, manutenção e reabilitação da saúde. Assim é que, existindo no plano de saúde do Autor cobertura para a enfermidade que o acomete (doença pulmonar grave), deve prevalecer o entendimento de que, se existe cobertura para tal patologia, a forma de tratamento necessário à recuperação também se encontra coberta. Ressalte-se que a parte Autora comprovou a necessidade de transplante de pulmões na cidade de Porto Alegre, bem como, a sua transferência em de UTI móvel , através dos documentos de fls. 41/46. Destaque-se também, que o transplante será custeado pelo Sistema Único de Saúde, tendo a parte Autora pleiteado à Requerida a sua remoção para a cidade de Porto Alegre, portanto, tal remoção através de UTI móvel é imprescindível ao tratamento do paciente, que precisa realizar o transplante naquela cidade. Ora, de acordo com o art. 47 do CDC, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em benefício do consumidor e nos termos do art. 51, inciso IV, do mesmo diploma legal, serão considerada nulas de pleno direito as cláusulas incompatíveis com a boa-fé e equidade, in verbis: Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...). Portanto, entendo que as cláusulas contratuais suscitadas pela Ré acerca da não cobertura da remoção do Autor através de UTI móvel por não estar o mesmo internado e que exclui da cobertura o transplante de pulmões são nulas de pleno direito, posto que incompatíveis com a boa-fé e a equidade. Nesse ponto, valho-me do voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, quando do julgamento do Recurso Especial nº 668.216/SP: Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos, na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto, quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor (...) Isto quer dizer que o plano de saúde pode estabelecer que doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura (...). No mesmo sentido, veja-se: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. MEDICAMENTO AMBULATORIAL OU DOMICILIAR. 1.- A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas. (...). 3.- Agravo

Regimental improvido. (AgRg no AREsp 300.648/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23.04.2013). Ora, a parte autora está requerendo seu transporte à cidade de Porto Alegre em UTI aérea por extrema e imperiosa necessidade ante seu grave estado de saúde e não por mero capricho ou deleite, sendo ato ilícito da Ré não cobrir tal remoção. Conforme cediço, a Constituição Federal erigiu à categoria de direito fundamental do homem a saúde, por ser um bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, de modo que não pode ser confundida como simples atividade econômica os serviços de saúde prestados por operadoras entre as quais a Ré. Comungo do entendimento de que o plano de saúde ao cobrir despesas para o tratamento de doença acometida pelo usuário, deve garantir tratamento integral e em ambiente que melhor atenda à necessidade de preservação da vida do paciente. Não se quer dizer, com isso, que as limitações na cobertura de planos de saúde se mostram, por si só, como abusivas, aptas a contaminar toda e qualquer avença. Por lógico que não. No entanto, em respeito ao direito à vida e à saúde, previstos constitucionalmente, aliada à previsão de cobertura para a enfermidade que acomete o Autor, bem como a necessidade de sua transferência à cidade de Porto Alegre para transplante dos dois pulmões por meio de UTI móvel indicada por seus médicos assistentes, mostra-se injustificada a negativa pela Ré. E em assim sendo, deve ser assegurada a realização do tratamento em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva, mormente quando a expectativa razoável do consumidor é de que obtenha todo respaldo médico ao seu tratamento e, se possível, a cura de doença incluída na cobertura do contrato. Este é o entendimento assente na jurisprudência Pátria: Agravo retido Documentos aptos à formação do convencimento. Desnecessidade da produção de prova oral Agravo Rejeitado. Plano de saúde Negativa no fornecimento de UTI móvel Impossibilidade Dano moral caracterizado Fixação em valor excessivo Redução - Sentença parcialmente reformada Recurso parcialmente provido. (TJSP, Agravo Retido nº 0237064-45.2009.8.26.0002, Relator: Des. Fortes Barbosa, 6ª Câmara de Direito Privado, data do julgamento: 07.11.2012). RESPONSABILIDADE CIVIL Plano de saúde Genitor do autor que teve mal súbito, foi encaminhado, pelo SAMU, a Hospital da Rede Pública, onde foi diagnosticado AVC isquêmico, com necessidade de internação na UTI Ausência de leitos vagos na UTI do nosocômio público Requerimento, por familiares, de transferência do paciente para hospital da rede credenciada Omissão Transferência do paciente para hospital particular, por UTI móvel, cujas despesas foram pagas pelo autor Dever de a ré restituir o numerário respectivo Conta hospitalar que também deve ser paga pela ré Danos morais evidenciados Valor fixado na sentença, correspondente a R\$ 15.000,00, que se revela adequado para o caso, no qual o filho do paciente (autor) sofreu irrecusável stress, angústia e desgaste psicológico Apelo desprovido. (TJ/SP, nº 0184325-92.2009.8.26.0100, Relator: Des. Ramon Mateo Júnior, 7ª Câmara de Direito Privado, data do julgamento: 21.08.2013). APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. DOENÇA PULMONAR CRÔNICA DE RECÉM-NASCIDO PREMATURO. PREVENÇÃO CONTRA O VÍRUS SINCICIAL RESPIRATÓRIO. APLICAÇÃO DE INJEÇÕES COM O MEDICAMENTO SYNAGIS. TRATAMENTO AMBULATORIAL. CONDENAÇÃO AO RESPECTIVO CUSTEIO. EXAMES LABORATORIAIS. REEMBOLSO. I. Tratamento ambulatorial indicado ao recém-nascido prematuro com o uso da medicação Synagis, sob a forma de injeções, a fim de prevenir os quadros graves de bronquite viral aguda causada pelo vírus sincicial respiratório VSR. Obrigatoriedade no fornecimento do medicamento em

vista do disposto no art. 35-C, I, da Lei nº 9.656/98, e porque a previsão deste tipo de cobertura encontra-se nos artigos 10, caput, e 12, I, `b, da Lei nº 9.656/98 como indispensável a qualquer plano de

saúde. Previsão, também, no próprio contrato celebrado entre a genitora do autor e a ré. II. Por ter havido indicação médica para a realização de determinados exames laboratoriais no recém-nascido, descabe à seguradora negar a cobertura sob argumento de que não estão disciplinados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar ANS. Na ponderação entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento às regras de risco securitário, devem prevalecer os primeiros. III. Honorários advocatícios fixados em conformidade com o artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Negaram provimento à apelação da ré e deram parcial provimento ao recurso adesivo do autor. (Apelação Cível nº 70025479080, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: LiegePuricelli Pires, julgado em 18.12.2008). Destarte, no caso dos autos, a negativa por parte da Requerida fere o princípio da dignidade humana, esvazia a própria finalidade do contrato, expondo o Autor a um sofrimento desnecessário. E tal qual a vida e a honra, a saúde é um bem jurídico vislumbrado constitucionalmente, sendo direito assegurado e elencado dentre aqueles de maior destaque na Carta Magna de Direitos, aquinhoando o ser humano individual e socialmente. E de um modo geral, os planos de saúde existem, justamente, para acalantar, para tranqüilizar a alma daqueles que os contratam, ou pelo menos para minorar a angústia causada pelos diversos infortúnios da vida advindo de enfermidades, máxime, das revestidas de gravidade inquestionável, como ocorrido no caso dos autos. Nesses termos, a condenação da Ré pelo Juízo singular se revela procedente, não merecendo qualquer reforma. Passo à apreciação da existência e quantificação dos danos morais. O dano moral atinge a honra e a intimidade da pessoa, sendo difícil até mesmo a comprovação da sua caracterização. No caso dos autos, não há dúvida de que a partir do momento em que o Autor, portador de doença tão grave (doença pulmonar grave) e com risco de morte, teve negado seu direito de ser removido por UTI móvel, para a cidade aonde precisa realizar transplante de pulmões, sem qualquer justificativa plausível, houve violação a sua honra e imagem, devendo ser a empresa de assistência compelida ao pagamento de indenização, como forma não só de tentar amenizar o sofrimento causado ao Autor, como também como meio de inibir a realização de novas ações nesse mesmo sentido. Ora, se os médicos que assistiram o Autor indicaram a remoção dele em UTI móvel, é porque tal transporte era imprescindível e a sua remoção sem as condições indicadas pelos médicos poderia ter conseqüências irreparáveis, assim, entendo que na situação dos autos deve-se levar em conta a gravidade da negativa da Ré. Assim, a indenização deve obter uma finalidade inibidora e reparadora. Nesse sentido ensina Carlos Roberto Gonçalves: O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in reipsa. Trata-se de presunção absoluta (Carlos Roberto Gonçalves, in Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, volume IV, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, pág. 370). Destaco que os danos morais provados nos autos foram suportados pelo autor José Roberto Pereira da Silva, não havendo dano moral a ser ressarcido à Nilce de Araújo Santos Silva, titular do plano de saúde. No tocante à quantificação do dano moral, sobre o qual se irresignou a Apelante, tenho que conforme doutrina abalizada sobre a matéria, a

indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido e de infligir ao causador sanção e alerta para que não volte a repetir o ato. Com efeito, a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. Preleciona, nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, que o mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio, é irreversível. A reparação, destarte, assume o feito apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral. (In A liquidação do dano moral, Ensaio Jurídico - O Direito em revista, IBAJ - Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1996, vol. 2, p. 509) Assim, entendo que a condição econômica das partes, a repercussão do fato e a conduta do agente devem ser perquiridos para a justa dosimetria do valor indenizatório. Respalhando a orientação supra trago à colação o seguinte julgado: Na fixação do valor indenizatório deve o magistrado, por seu prudente arbítrio, levar em consideração as condições econômicas e sociais do ofendido e do agressor; a gravidade potencial da falta cometida; as circunstâncias do fato; o comportamento do ofendido e do ofensor; sem esquecer o caráter punitivo da verba e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (...). (Apelação Cível Nº 70008836496, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, julgado em 22.12.2004). Deveras, é tarefa árdua para quem julga, a definição da fixação dos danos morais, pois a certeza no seu arbitramento deve obedecer a dois parâmetros: alicerçar a condenação no caráter punitivo, para que o causador do dano sofra uma reprimenda pelo ato ilícito praticado, assim como haja, também, um caráter de compensação para que a vítima ou sua família possa, ainda que precariamente, se recompor do mal sofrido e da dor moral suportada. Desse modo, sopesando todos os elementos de informação carreados aos autos, tenho que a condenação estabelecida na sentença guerreada, no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), se revela injusta, devendo, portanto, ser reduzida. Deveras, observando os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, reduzo a indenização a título de danos morais estabelecida pelo Juízo a quo para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devidos a José Roberto Pereira da Silva, uma vez que referido quantum se mostra suficiente e adequado para compensar o dano moral, sem representar qualquer enriquecimento indevido, além de atender à função dissuasória da indenização. Diante do exposto, conheço do recurso, para dar-lhe parcial provimento, reduzindo o valor da indenização pelo dano moral para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantendo-se incólume a sentença guerreada em todos os seus demais termos. É como voto.

Aracaju/SE, 16 de Dezembro de 2013.

DES. OSÓRIO DE ARAÚJO RAMOS FILHO
RELATOR

