

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

MÉDICO: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?

Andréa Silva Albas

Presidente Prudente/SP
2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

MÉDICO: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?

Andréa Silva Albas

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes.

Presidente Prudente/SP
2004

MÉDICO: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

1º examinador: Andrei Mohr Funes

2º examinador: Higéia Cristina Sacoman

Presidente Prudente/SP, 23 de novembro de 2004

Este trabalho é dedicado a todos os profissionais da medicina, que trabalham constantemente em favor da saúde da coletividade e, apesar disso, são visados pelo Direito de forma muito peculiar, sendo, muitas vezes, responsabilizados civilmente por terem lutado pela vida.

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois sem Ele, nada teria conseguido em minha vida.

Agradeço aos meus amigos espirituais, que, com certeza, me auxiliaram durante a elaboração desse trabalho, com intuições ou simplesmente proporcionando a segurança e o carinho para desenvolver corretamente minhas idéias.

Agradeço a minha família, que inúmeras vezes privaram-se de conforto material para que pudesse concluir meu curso superior. Á minha mãe pela constante paciência e afago nos momentos de dificuldade, quando pensei que não conseguiria.

Ao meu pai, que tantos conselhos preciosos me proporcionou quando quis desistir, e pela força que me deu quando pensei que fosse fraquejar.

À minha irmã, que, com simples palavras, e sem saber, me confortou e ajudou a me distrair e a me divertir.

Ao meu irmão, que com seus conhecimentos médicos me ajudou a desenvolver este trabalho, com idéias, sugestões e atualidades.

Ao meu querido noivo, que sempre teve uma palavra de amor e carinho para estimular o meu crescimento.

Aos meus verdadeiros e inesquecíveis amigos, Ellen, Fernando, Noemia, Carlão, Samia, Rita, Gisele, Gislaine, Thatiana e tantos outros que me ajudaram durante todo o curso com palavras de estímulo e encorajamento.

A todo o 5º ano “A” de Direito da turma de 2004, que se tornaram, definitivamente, a minha família nesses cinco anos ininterruptos.

Por fim, agradeço a principal responsável pelo meu trabalho: minha querida orientadora Gilmara P. F. Mohr Funes, pela paciência em ensinar, pela orientação a qualquer hora ou dia, pelo coleguismo contagiante. Com certeza representou um papel muito importante em minha vida. Eu nunca te esquecerei.

RESUMO

O presente trabalho analisa a responsabilidade civil do médico sob o enfoque do Direito Civil e do Código de Defesa do Consumidor. A discussão precípua foi identificar quando a responsabilidade médica estará permeada pela obrigação de meio ou de resultado. Com esse objetivo, foram verificadas as especialidades médicas a fim de solucionar este impasse. Existem formas de diminuir a responsabilidade do médico. Uma delas é a utilização do consentimento informado, no qual é elaborado um termo contendo todas as informações necessárias ao paciente sobre o tratamento ou cirurgia a que será submetido. É imprescindível a assinatura deste termo pelo paciente, o que eximirá o médico da obrigação de resultado. Todavia, o raciocínio exposto não é mais tão pacífico, sendo que o termo de consentimento poderá perder a validade probatória se eivado de vícios de consentimento, tal como a coação psicológica.

ABSTRACT

This achievement analyse the civil responsibility of the doctor under the focus of the Civil Law and Code of Consumer Protection. The principal discussion was identify where the medical responsibility will be permeated for obligation of mean or result. With this object, were check the medical specialities to resolve this problem. There are ways to reduce the medical responsibility. One of thers is the instructed consent. On it is prepared a term with all the necessary informations in the pacient about yours treatment or surgery. Essential is the pacient's signature in this term, to will discharge the obligation of result's medical. However, this reasoning isn't more pacific, as the consent term will can lose to probative authenticity if contaminated of consent defect, like the duress per minas.

SUMÁRIO

Introdução	9
Parte I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
Capítulo 1 – Considerações Gerais acerca da Responsabilidade Civil	12
Seção I – Histórico da Responsabilidade Civil	12
Seção II – Conceito de responsabilidade	14
Seção III – Espécies de Responsabilidade Civil	15
Capítulo 2 – Das Teorias da Responsabilidade Civil	18
Seção I – Considerações Gerais acerca das Teorias da Responsabilidade Civil	18
Seção II – Teoria da Culpa ou Doutrina Subjetiva	19
Seção III – Teoria da Culpa Presumida ou Doutrina Objetiva	20
Seção III – Teoria do Risco	21
Capítulo 3 – Da Responsabilidade Civil Subjetiva	23
Seção I – Conceito de culpa	23
Subseção I – Elementos da culpa	25
Seção II – Graus de Culpa	27
Seção III – Tipos de Culpa	28
Capítulo 4 – Da Responsabilidade Civil Objetiva	30
Seção I – Conceito de Responsabilidade Civil Objetiva	30
Seção II – Ausência de culpa	31
Seção III – Previsão legal	32
Seção IV – Da responsabilidade civil do profissional liberal	34
Parte II – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	36
Capítulo 1 – Considerações Gerais sobre a Responsabilidade Civil do Médico	36
Seção I – Histórico da Responsabilidade civil do Médico	36
Seção II – No Código de Defesa do Consumidor	37
Seção III – Ônus da Prova	38
Capítulo 2 – O serviço médico como obrigação de meio	40
Seção I – Utilização de meios adequados	40
Seção II – Hipóteses de cabimento	42
A) Angiologia e Cirurgia vascular:	42
B) Anestesiologia	42
C) Cirurgias ortopédicas	42
D) Cirurgia plástica reparadora	42
E) Radiologista	43
F) Patologista	43
Capítulo 3 – O serviço médico como obrigação de resultado	44
Seção I – Consentimento informado	44
Seção II – Hipóteses de cabimento	56
A) Angiologia e Cirurgia Vascular	56
B) Anestesiologia	56
C) Cirurgias ortopédicas	56

D) Cirurgia plástica estética _____	56
E) Laqueadura e vasectomia _____	57
Parte III – COLETÂNEA JURISPRUDENCIAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO _____	58
Capítulo 1 – Da Responsabilidade Civil Subjetiva: obrigação de meio ____	58
Capítulo 2 – Da Responsabilidade Civil Objetiva: obrigação de resultado	63
CONCLUSÃO _____	66
BIBLIOGRAFIA _____	67

Introdução

O Direito Civil visa regulamentar a relação existente entre as pessoas e entre estas e os bens. Ou seja, o Direito Civil trata da responsabilidade patrimonial. Como constitui em apenas um ramo do Direito Privado, seu principal objetivo é a conquista da paz social.

Todavia, o contato direto entre os homens acaba por gerar, não raras vezes, um conflito de interesses que, se não for composto de forma amigável, o Estado, através do Poder Judiciário, intervirá de maneira a realizar a prestação jurisdicional.

O objetivo primordial da responsabilidade civil é a reparação do dano causado por outrem através da recomposição patrimonial, visando o estabelecimento do *“status quo ante”*. Nas situações fáticas nas quais não for possível esta reparação, a vítima deverá ser indenizada.

Ocorre o mesmo face ao Código de Defesa do Consumidor e, mais especificamente, nas relações que envolvem prestação de serviços.

Concernente aos profissionais liberais, existem as obrigações de meio e de resultado. Na primeira, basta o profissional provar que os meios utilizados durante a prestação do serviço foram adequados ao caso apresentado para eximir-se de qualquer responsabilidade patrimonial. Na segunda, contudo, deverá demonstrar que utilizou dos meios adequados e que o resultado não ocorreu pela ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Criou-se uma regra entre os aplicadores do Direito de que sempre o médico estará sujeito a obrigação de meio, eis que nunca terá como garantir de forma indubitável a cura. O profissional terá sempre a obrigação de utilizar todos os meios possíveis e adequados ao caso, sem sofrer qualquer sanção, caso o resultado esperado pelos pacientes - a cura - não ocorrer.

Posteriormente, com o assombroso crescimento da realização de cirurgia plástica estética, passou-se a entender que, nesses casos, assim como a obrigação, que era de meio, passará a ser de resultado. Isso porque o profissional

se compromete a um resultado, qual seja, a modificação de traços ou formas previamente estabelecidas entre o médico e seu paciente.

Entretanto, há casos em que uma suposta obrigação de meio se vê, na verdade, diante de uma obrigação de resultado, e vice-versa.

Como fixar o tipo de obrigação diante da prestação de serviços do médico?

Estabelecer qual o tipo de obrigação do médico é de extrema importância, uma vez que interferirá de forma decisiva na produção de provas durante o processo de indenização por danos materiais e/ou morais.

Dela depende a efetividade da aplicação de um direito do qual a vítima é titular, facilitando de forma imensurável sua aquisição.

Esta classificação pode, inclusive, auxiliar a defesa do citado profissional da saúde, caso realmente a especialidade tenha como obrigação o uso dos meios adequados, sem a garantia de cura.

Neste trabalho o objetivo principal foi indagar, de forma crítica, esta divisão imposta pelo entendimento doutrinário predominante, observando outras especialidades na área médica e analisando qual a obrigação do profissional em cada uma delas.

O objetivo deste trabalho foi analisar o tema proposto através de levantamento de dados bibliográficos, jurisprudenciais e outros meios capazes de permitir uma observação crítica e lançar luzes perante as novas concepções a respeito do tema.

A Constituição Federal de 1988, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, as Leis extravagantes, as notícias veiculadas pelos meios de comunicação, pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, e os demais instrumentos competentes foram analisados para atingir os objetivos propostos neste trabalho.

O método utilizado neste trabalho foi o hipotético-dedutivo e a técnica foi de documentação indireta, realizando a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, visando comprovar a existência de diversas obrigações no campo da responsabilidade civil médica.

Assim, o presente trabalho foi dividido em três grandes partes, sendo que na primeira houve uma abordagem geral acerca da responsabilidade civil. Na

segunda parte do trabalho passou-se a analisar, especificamente acerca da responsabilidade civil do médico. E na terceira parte, para finalizar o trabalho foram coletadas ementas de jurisprudências onde se tentou demonstrar a ocorrência das responsabilidades de meio e de resultado em decorrência de cada caso concreto e não em decorrência da especialidade médica.

Parte I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Capítulo 1 – Considerações Gerais acerca da Responsabilidade Civil

Seção I – Histórico da Responsabilidade Civil

Para iniciar o estudo sobre o tema proposto necessário se faz, de antemão, ter conhecimento acerca da evolução histórica da responsabilidade civil de maneira genérica.

Didaticamente, entende-se como melhor meio para se demonstrar o desenvolvimento do instituto citado dividi-lo em três fases.

Em sua primeira fase, a responsabilidade civil teve como marco histórico a **Lei de Talião**, incluída na Lei das Doze Tábuas, prevista na tábua VII, lei 11^a ¹, introduzindo na sociedade a idéia de proporcionalidade.

Antes, porém, existia apenas a vingança privada. Quando algum indivíduo causava dano a outrem, aquele era punido da pior forma possível, não se verificando qualquer preocupação para preservar inocentes ou em moderar os atos vingativos. O sujeito, recolhido a sua dor, procurava recompensá-la de qualquer maneira.

Por este motivo a Lei de Talião apresentou tão grande importância para a sociedade.

Ela impôs a proporcionalidade, delimitando a punição que o causador do dano deveria sofrer em razão de seu ato.

O poder público não tinha grande participação, sendo que somente intervinha com o objetivo de coibir abusos, determinando como e quando o lesado poderia exercer seu direito de retaliação.

Assim, a responsabilidade era objetiva, não existindo qualquer preocupação em comprovar a ocorrência do instituto da culpa.

¹ “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena Talião, salvo se houver acordo;”

É importante acrescentar que, segundo Maria Helena Diniz (2003, vol. 07, p. 10):

A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.

A segunda fase da evolução da responsabilidade civil consiste na cisão do Direito Penal e do Direito Civil.

Assim, cabia ao primeiro cuidar somente do aspecto punitivo e ao segundo preocupar-se com a recomposição patrimonial do prejuízo sofrido.²

Nesse período histórico houve maior interesse em operar a composição civil, na qual a vítima visava obter a reparação do dano por meio do pagamento em pecúnia.

Por fim, a terceira fase histórica é assinalada pelo surgimento da *Lex Aquilia*, muito importante para o desenvolvimento do instituto ora estudado, uma vez que coube a ela introduzir a necessidade da existência da **culpa**³, além de reafirmar a possibilidade de reparação pecuniária do dano.

Para que houvesse a obrigação do indivíduo que causou o dano de ressarcí-lo não bastava mais a constatação da existência do dano. Era imprescindível demonstrar que sua conduta foi culposa, como ocorre em nossa atual legislação, no art. 186 do Código Civil, que prescreve:

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

Conduta culposa é o ato ilícito, intencional ou não, praticado por determinado sujeito que causa dano a terceira pessoa. Caso o ato seja não intencional, o prejuízo à vítima é originado por uma conduta qualificada pela imprudência, negligência ou imperícia.

² Recomposição constitui o ato de reconciliar-se, de tornar a compor, ou seja, na responsabilidade civil é a conciliação entre a vítima e o agente do ato ilícito para que este promova a restituição do dano patrimonial produzido. A reparação, por sua vez, é corrigir o ato praticado de alguma forma.

³ Culpa é a conduta involuntária do indivíduo, que provoca um efeito danoso não intencional.

Seção II – Conceito de responsabilidade

O termo “responsabilidade” é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. Em sentido amplo ou atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação, ou define capacidade.

Segundo J. M. Othon Sidde (2000, p. 243/244), responsabilidade é a obrigação do sujeito que praticar algum ato ilícito ou desrespeitar negócio jurídico:

“Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de *negócio jurídico* ou de *ato ilícito*. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado.”

Para Aurélio (1999, p. 1754), responsabilidade, em um de seus vários significados, consiste em simples reparação de mal causado a outrem:

“1. Qualidade ou condição de responsável. 2. Jur. Capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário da punibilidade. Responsabilidade moral. Filos. 1. Situação de um agente consciente com relação aos atos que ele pratica voluntariamente. 2. Obrigação de reparar o mal que se causou a outros.”

E, por fim, para Plácido e Silva (1989, p. 124), responsabilidade se refere à obrigação de responder por algo ou de cumprir negócio jurídico:

“(...) exprime a *obrigação de responder por alguma coisa*. Quer significar, assim, a *obrigação de satisfazer* ou *executar o ato jurídico*, que se tenha convencionalado, ou a *obrigação de satisfazer a prestação* ou *de cumprir o fato* atribuídos ou imputados à pessoa por determinação legal.”

Já no estudo sobre a responsabilidade civil, refere-se o vocábulo à responsabilidade de alguém como fato punível ou moralmente reprovável, que acarreta em reflexos jurídicos.

Todavia, a conceituação não é pacífica entre os doutrinadores, sendo que, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 10), verificamos a dificuldade em unanimizar o conceito de responsabilidade civil.

De quantos tentam conceituar a responsabilidade civil, emerge a idéia dualista de um *sentimento social e humano*, a sujeitar o causador de um mal a reparar a lesão. A variedade de conceitos revela a insatisfação do jurista em plantar-se nos termos de uma definição formal.

O sentimento social se refere à responsabilidade criminal, eis que consiste na satisfação social em punir o indivíduo que causou o desequilíbrio na

sociedade. O sentimento humano, por sua vez, diz respeito à reparação do dano de maneira individual, sendo a obrigação do agente, favorecer a vítima a fim de ressarcí-la do dano sofrido.

Unindo ambos os sentimentos e a conotação do termo “responsabilidade”, que será utilizada no decorrer do estudo, pode-se concluir que na verdade a responsabilidade civil diz respeito a uma reparação, ainda que abstrata, do dano sofrido pela vítima (Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 11):

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Seção III – Espécies de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é, ainda, dividida em inúmeras espécies. Contudo, as principais são: contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva.

Para melhor expor sobre o tema, passar-se-á a analisá-las separadamente:

a) Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual:

A diferença básica entre essas duas espécies de responsabilidade civil, obviamente, é a existência de um contrato firmado entre as partes.

A responsabilidade contratual encontra fundamento legal nos artigos 389 e seguintes do Código Civil. Esse instituto é proveniente do referido instrumento.

Para que uma das partes tenha a obrigação de indenizar é fundamental que uma delas incorra em inadimplemento.

Nesse caso, há uma natural presunção de culpa, já que para a responsabilização do inadimplente é suficiente que o ofendido prove o descumprimento do contrato, não sendo necessário fazê-lo com relação à culpa. Caberá ao ofensor comprovar qualquer argumento contrário, tal como a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

É importante acrescentar que, por sua natureza, a responsabilidade contratual pode ser renunciada pelas partes contratantes através da instituição da

cláusula de não indenizar. Todavia, esta cláusula deve ser livremente e validamente pactuada para ser portadora de eficácia.

Pelo mesmo motivo, pode-se, de igual forma, estabelecer no contrato o limite do dano, como ocorre, por exemplo, no caso da cláusula penal.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana⁴, por sua vez, decorre da violação, não de um contrato, mas de um dever sociológico. É a regra geral, sendo esta a maioria dos casos de responsabilidade civil, possuindo previsão legal nos artigos 186/188 e 927 e seguintes do Código Civil.

O dever sociológico consiste em nosso dever perante a sociedade é de agir de maneira a não causar danos a terceiros e, se isto ocorrer, nos termos do art. 186, gerará a obrigação de reparar o dano.

Refere-se as relações não contratuais que, se causarem qualquer espécie de dano, provocarão a obrigação de reparar o ato ilícito e o prejuízo dele decorrente de forma *in natura* (reparação propriamente dita) ou equivalente (reparação através de indenização).

Todavia, há situações cotidianas nas quais há grande dificuldade em distinguir a existência ou não de contrato.

É o que acontece, por exemplo, no uso do transporte público gratuito ou de escolas públicas, para caracterizar a existência de um contrato não escrito.

Assim, para poder verificar qual é a responsabilidade existente se faz necessária uma análise minuciosa no caso em concreto, sendo que (VENOSA, 2002, p. 20):

“Por vezes, a existência de um contrato não aflora de forma clara. Há situações dúbias nas quais a existência de uma obrigação negocial é questionada como, por exemplo, no transporte gratuito. Essa dúvida, porém, não é óbice para o dever de indenizar. O mesmo podemos dizer da responsabilização que surge de um contrato nulo”.

b) Responsabilidade civil objetiva e subjetiva:

O artigo 186 do Código Civil, fundamental em sede de indenização por ato ilícito, estabelece a base da responsabilidade extracontratual, como já explanado.

⁴ O termo aquiliana é decorrente de “*Lex Aquilia*”, primeira legislação que previu a obrigação do agente causador do dano ressarcir a vítima independentemente de obrigação contratual.

Por esse dispositivo constata-se que naquela espécie de responsabilidade civil estão presentes os quatro requisitos para a configuração do dever de indenizar, conforme também já foi visto, que são conduta, dano, nexo causal e culpa.

Dentre eles, na responsabilidade subjetiva a culpa, que deve ser caracterizada, é objeto de discussão. Para poder exigir indenização, inevitavelmente deverá estar comprovada a existência da culpa na conduta do agente.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva é caracterizada independentemente de culpa, sendo esta, causa de exceção.

De acordo com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil estabelece que essa responsabilidade somente é proveniente de lei expressa ou da natureza da atividade.

A culpa não se discute nessa situação por ser totalmente descartável. Por essa espécie de responsabilidade alguém que cria um risco deverá suportar os prejuízos acarretados por sua conduta.

Capítulo 2 – Das Teorias da Responsabilidade Civil

Seção I – Considerações Gerais acerca das Teorias da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é fundada em teorias a fim de estabelecer sua fundamentação.

Diante deste cenário, observando as origens do instituto em estudo nota-se que a culpa surgiu juntamente com a *Lex Aquilia*.

Para os adeptos da Teoria Subjetiva, os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil são conduta (omissiva ou comissiva), dano, nexo causal entre os dois requisitos anteriores e a **culpa**.

Dano é qualquer afetação na esfera de interesse da vítima, patrimonial ou extrapatrimonial, originando um prejuízo causado em decorrência da conduta do agente ofensor. Somente a sua materialização torna possível a indenização. O dano pode, de igual sorte, ser traduzido como consequência direta e imediata da conduta.

Nexo causal, por sua vez, é o liame que une a conduta do agente ao dano por ele causado. Através de sua análise é possível estabelecer quem foi o ofensor, ou seja, o responsável pela prática do ilícito.

A conceituação de culpa, por fim, é deveras conflituosa, o que será melhor discutido adiante. Contudo, é possível dizer previamente que a culpa é a conduta involuntária do indivíduo, que provoca um resultado danoso não intencional.

A discussão sobre a existência ou não de culpa é que constitui o ponto divergente entre as teorias, vez que na Teoria da Culpa é necessário que a vítima demonstre e comprove a atitude culposa do agente causador do dano.

Seção II – Teoria da Culpa ou Doutrina Subjetiva

Para a presente teoria mister se faz, para que exista a necessidade da reparação, a comprovação do dano, do nexo causal e da culpa do ofensor.

Nada obstante a isso, a origem primordial de eventual responsabilização civil é a conduta do agente ofensor. Através dessa conduta, em tese ilícita e revestida de alguma das espécies de culpa, é que o dano se materializa, gerando, assim, a obrigação de indenizar.

A conduta do indivíduo pode ser comissiva ou omissiva. A comissiva consiste em uma ação positiva do sujeito; no ato de “fazer” algo. Assim, a conduta comissiva possui uma característica mais abrangente.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2003, p. 40): “A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar (...)”

Já a conduta omissiva é uma ação negativa, de “não fazer”. Nesse caso, o sujeito esquiva-se de praticar uma conduta que deveria fazer em decorrência de obrigação legal. Em assim sendo, concluí-se que toda a ação pode levar à responsabilização, mas nem toda omissão dá-lhe causa.

Logo, Maria Helena Diniz conclui que (2003, p. 40): “(...), e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.”

Mas a característica precípua desta teoria, como alhures mencionado, a necessidade da comprovação de que o agente, através de uma conduta omissiva ou comissiva, agiu com culpa.

Diante disso, a responsabilização do autor do dano somente será efetivada se demonstrada a culpa, que, nesse contexto, seria um adjetivo à conduta originária do sinistro.

A culpa, nessa teoria, é incorporada como um de seus elementos. Em sua ausência, não há obrigação de indenizar.

Seção III – Teoria da Culpa Presumida ou Doutrina Objetiva

A Teoria da Culpa Presumida diz respeito a exceção prevista em nossa legislação pátria, no Código Civil em seu parágrafo único do artigo 927.

Segundo aqueles que seguem essa teoria basta a existência da conduta (omissiva ou comissiva), do dano e do nexu causal. Não há necessidade em demonstrar e comprovar a culpa do indivíduo.

O Código Civil incluiu esta teoria em seu texto legal quando estabeleceu que, nos casos previstos em lei ou de acordo com a atividade do agente ativo, a responsabilidade se dará independentemente de culpa. Logo, o parágrafo único do art. 927 prescreve que:

“Art. 927 (...)

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

É o que ocorre, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor. Em seu artigo 12, *caput*, que se refere a responsabilidade pelo fornecedor de produtos, prescrevendo que:

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

No mesmo sentido, em seu artigo 14, *caput*, disciplina sobre o fornecedor de serviços, excluindo a existência de culpa.

Assim, a eventual responsabilidade por danos causados ao consumidor gerados pelos fornecedores de produtos ou serviços é objetiva por expressa disposição legal.

As pessoas jurídicas, tanto de direito público quanto privado, também estão submetidas à regra de presunção de culpa.

No que diz respeito a pessoas jurídica de direito privado, o Supremo Tribunal Federal editou uma Súmula (nº 341), na qual equiparou-as aos padrões

que são responsabilizados pelos atos de seus empregados, conforme previsão dos artigos 932, inciso III, e 933 do Código Civil, que prescrevem:

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

(...)

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

(...)

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

Diante disso, é evidente a presunção de culpa na responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado.

Nos primórdios vigorava o princípio da absoluta irresponsabilidade do Estado porque este se trata de uma ficção jurídica e porque seu representante legítimo era considerado um soberano.

Entretanto, com a evolução da sociedade, percebeu-se que era necessária uma limitação as atuações do Estado, e que as vítimas de eventuais danos causados por seus representantes ou funcionários deveriam ser reparados.

Em decorrência disso, atualmente é pacífico o entendimento de que o Estado, como pessoa jurídica de direito público, responde pelos danos que causar de forma objetiva, ou seja, sua culpa é presumida.

Esta é a diferença primordial que ocorre entre as teorias que compõem a responsabilidade civil, qual seja, a presunção de culpa.

Seção III – Teoria do Risco

Esta teoria consiste em verificar simplesmente a ocorrência da conduta e do resultado danoso. Constatados apenas esses dois elementos o autor do fato danoso é responsável pelos seus atos.

Não há grandes preocupações em pesquisar os fatos e a responsabilidade do agente. Bastam o fato e o dano. De acordo com Caio Mário (2002, p. 269):

“Com a teoria do risco, diz Philippe Lê Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense

responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas *objetivos* que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade.”

Dentro dessa conjectura surgiram várias ramificações, tais como:

- Teoria do Risco Profissional: de acordo com essa teoria, o dever de indenizar decorre de uma atividade profissional;
- Teoria do Risco Integral: atribui ao Estado responsabilidade objetiva sem excludentes;
- Teoria do Risco Administrativo: o Estado é portador de responsabilidade objetiva mas com excludentes;
- Teoria do Risco de Desenvolvimento: o fabricante é responsável pela constatação futura de algum vício em seu produto;
- Teoria do Risco Excepcional: a atividade desenvolvida é de extremo risco, como, por exemplo, pessoas que trabalham com a transmissão de energia elétrica, com o transporte de substâncias explosivas, com pesquisa de vírus e bactérias, com aparelhos altamente perigosos, etc;
- Teoria do Risco Criado: nessa hipótese, o profissional irá, através de sua atividade, criar riscos a terceiros;
- Teoria do Risco Provento: o agente causador do dano irá, dessa situação, usufruir de algum proveito ou vantagem patrimonial;
- Teoria do Ato Anormal: somente quando o agente causa o dano através da prática de um ato anormal é que será responsabilizado;

Todavia, assim como Caio Mário da Silva Pereira, para o presente trabalho a Teoria do Risco refere-se, basicamente, a responsabilidade daquele que expõe terceiros a possível dano em decorrência de sua atividade profissional ou administrativa. É o *risco criado*.

Capítulo 3 – Da Responsabilidade Civil Subjetiva

Como já explanado, a Responsabilidade Civil Subjetiva é a regra da reparação de danos, sendo que seu requisito caracterizador é a culpa.

A responsabilidade extracontratual no Direito Brasileiro encontra embasamento legal no art. 186 do atual Código Civil, que preconiza:

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

Desse modo, encontra-se evidente a necessidade da existência da culpa na conduta do indivíduo gerador do dano.

Segundo esta teoria, os elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil são: conduta (ação ou omissão voluntária), nexos causal, dano e **culpa**. Essa é a regra constituída pela lei brasileira, sendo que somente ocorrerá tratamento contrário em casos peculiares, que, por sua vez, encontram-se previstos em nossa legislação pátria.

É deveras importante, nesse momento, ressaltar o conceito de culpa.

Posto isso, passaremos a estudar especificamente o elemento culpa.

Seção I – Conceito de culpa

Plácido e Silva (ob. cit., p. 589) conceitua culpa como um erro decorrente de uma conduta praticada de maneira imprudente:

Derivado do latim *culpa* (falta, erro cometido por inadvertência ou por imprudência), é compreendido como a *falta* cometida contra o *dever*, por ação ou por omissão, procedida de ignorância ou de negligência.”

Na Grande Enciclopédia Larousse Cultural (1995, p. 1729), a culpa é a inobservância de regras de conduta:

Dir. Violação ou inobservância de uma regra de conduta que produz lesão do direito alheio.

É o mesmo entendimento de VENOSA (2002, p. 21), que realçou a impossibilidade de afastar do conceito de culpa a noção de dever.

PEREIRA (2002, p. 70), por sua vez, conclui que necessariamente a culpa é a violação a regras de conduta preexistentes:

O conceito de culpa é *unitário*, embora sua ocorrência possa dar-se de maneiras diversas. São todas elas, entretanto, meras modalidades pelas quais pode caracterizar-se a violação do dever preexistente. Em toda culpa há uma violação do ordenamento jurídico, caracterizando ontologicamente o comportamento ilícito.

Já segundo DINIZ (2003, p. 42) existe uma divisão no conceito de culpa. Amplamente, a culpa seria a anteriormente mencionada violação ao dever jurídico, compreendendo o dolo e a culpa em sentido estrito :

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas conseqüências.

O conceito apresentado acima por DINIZ acrescenta que a culpa é composta por dolo e a culpa propriamente dita. Logo, a culpa tratada especificamente pelo Código Civil, em seu artigo 186, é *latu sensu*.

A culpa em sentido amplo, ou *latu sensu*, é entendida como a própria intenção do agente em provocar o dano. O indivíduo pratica a conduta lesiva com a consciência de que dela irá resultar um determinado prejuízo à vítima.

Por outro lado, a culpa em sentido estrito, ou *strictu sensu*, se refere a culpa propriamente dita. Ou seja, o agente não possui a intenção de causar o dano. Entretanto, por atos de negligência, imprudência ou imperícia causa ao ofendido determinada lesão (patrimonial, moral ou física).

Assim, é facilmente detectável que todos os doutrinadores citados incluem no conceito de culpa a necessidade da violação de um dever jurídico, sendo de forma intencional ou não, através de conduta positiva ou omissiva.

É mister esclarecer que o dolo em sede de Responsabilidade Civil, ao contrário do conceito atribuído pelo Direito Penal, no qual significa a intenção de um indivíduo em praticar determinada conduta antijurídica, diz respeito a consciência do resultado.

De acordo com o entendimento apresentado por PEREIRA (2002) não é imprescindível a constatação da intenção do agente, mas sim verificar se o mesmo possuía consciência de que seu ato poderia originar um dano a outrem.

Nesse sentido, Caio Mário leciona que (2002, pág. 66) é necessária a consciência do resultado:

Abandonando a noção tradicional do *animus nocendi* (ânimo de prejudicar), aceitou que a sua tipificação delimita-se no procedimento danoso, com a *consciência do resultado*. Para a caracterização do dolo não há mister perquirir se o agente teve o propósito de causar o mal. Basta verificar se ele procedeu consciente de que seu comportamento poderia ser lesivo.

Ainda, na Responsabilidade Civil, a culpa propriamente dita, refere-se a ausência de intenção do sujeito em produzir o resultado maléfico, mas acaba por produzi-lo pela inobservância de um cuidado objetivo, qual seja, negligência, imprudência ou imperícia.

Subseção I – Elementos da culpa

É possível observar nos conceitos de culpa apresentados que se trata de uma inobservância de norma jurídica. Com essa atitude, o agente causa dano a outrem, vez que agiu com *imprudência, negligência ou imperícia*. Estes constituem os elementos da culpa.

Estes elementos são, via de regra, alternativos. O causador do dano agirá com um ou outro. Todavia, nada impede que estejam presentes no caso concreto mais de um elemento.

Para melhor visualização na prática, é importante estabelecer os conceitos dos elementos supra citados.

A Larousse Cultural (ob. cit., p. 3108) estabelece que: “**3.** Ação impensada seguida de conseqüências desastrosas que acarreta: *cometer imprudência*.”

Plácido e Silva (ob. cit., p. 433), por sua vez, diz que imprudência é conseqüência da imprevisibilidade do resultado danoso:

(...) resulta da imprevisão do agente ou da pessoa, em relação às conseqüências de seu ato ou ação, *quando devia e podia prevêê-las*. (...) Mostra-se *falta involuntária*, ocorrida na prática de ação, o que a

distingue da *negligência* (omissão faltosa), que se evidencia precisamente, na *imprevisão* ou *imprevidência* relativa à precaução que deverá ter na prática da mesma ação.

PEREIRA (ob. cit., p. 70) leciona que: “(...); na *imprudência* o sujeito procede precipitadamente ou sem prever integralmente as conseqüências.”

Assim, a **imprudência** estará presente quando o sujeito origina o dano a terceiro por atitude na qual deixou de observar os cuidados objetivos que deveria ter na conduta que perpetrou. Pode-se citar como exemplo o indivíduo que guia seu veículo a 140 Km/h na cidade e passa próximo a uma escola infantil.

A Larousse Cultural (ob. cit., p. 4174) já determina que negligência é: “**Dir.** Falta não intencional daquele que se omitiu no cumprimento de um ato que lhe incumbia.”

Plácido e Silva (ob. cit., p. 237) conceitua que a negligência é a ausência da observância de precauções necessárias ao caso concreto:

A negligência implica na omissão ou inobservância de dever que competia ao agente, objetivado nas precauções, que lhe eram ordenadas ou aconselhadas pela prudência, e vistas como necessárias para evitar males não queridos e evitáveis.

PEREIRA (ob. cit., p. 70), sobre a negligência: “(...) uma omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso.”

Diante dos conceitos alhures, nota-se que a diferença entre *imprudência* e **negligência** é justamente a espécie de conduta. A *imprudência* é caracterizada por uma conduta positiva, enquanto que a negligência por uma conduta negativa. É a omissão do agente quando este deveria agir. Essa também é uma das causas da conduta culposa geradora do dano.

É o caso, por exemplo, do bombeiro que deixa de socorrer vítimas, ou do motorista que se envolveu em um acidente e deixa de prestar assistências aos feridos.

Por fim, os autores citados conceituam **imperícia**.

Larousse Cultural (ob. cit., p. 3096) leciona que a imperícia é a falta de conhecimentos práticos para que a conduta não cause danos a outrem:

Dir. Falta de conhecimentos necessários para evitar o mal que o agente causou. (...) Falta de experiência ou de conhecimentos práticos, que determina a inabilidade do agente no exercício de sua profissão, função, arte ou de seu ofício.

HOWAISS, Antônio (2001, p. 1580), por sua vez, diz que imperícia é a falta de habilidades para a prática de determinados atos perpetrados pelo agente:

Falta de habilidade ou experiência reputada necessária para a realização de certas atividades e cuja ausência, por parte do agente, o faz responsável pelos danos ou ilícitos penais advenientes.

No mesmo sentido, Plácido e Silva (ob. cit., p. 419) conceitua a imperícia:

Derivado do latim *imperitia*, de *imperitus* (ignorante, inábil, inexperiente), entende-se, no sentido jurídico, a *falta de prática* ou *ausência de conhecimentos*, que se mostram necessários para o exercício de uma profissão ou de uma arte qualquer.

Desse modo, é forçoso reconhecer que o dano originado pela imperícia é causado pela pessoa que não possui conhecimentos técnicos que deveria ter. É o que ocorre, por exemplo, com o médico que erra por não possuir o conhecimento que deveria ter para o exercício de sua atividade.

Seção II – Graus de Culpa

A culpa possui vários tipos de classificação e, em uma delas, o critério utilizado seria quanto à sua graduação, sendo culpa grave, leve e levíssima.

a) Culpa grave: consiste na conduta completamente contrária ao padrão normal. Assim, existe uma proximidade muito grande com o dolo. De acordo com VENOSA (2002, p. 23) neste tipo de culpa também se encontra incluída a culpa consciente, na qual o indivíduo pratica o ato danoso acreditando que o sinistro não ocorrerá. Exemplo: indivíduo guia seu automóvel na velocidade de 140 Km/h dentro da cidade.

b) Culpa leve: é aquela a qual todos estão sujeitos, tendo como padrão o homem médio⁵. Basta apenas maior atenção para que o dano seja evitado. Exemplo: pessoa dirige a 40 Km/h na cidade e, quando se distrai para cumprimentar um amigo, provoca um acidente.

⁵ Homem médio: é o parâmetro utilizado para estabelecer se determinada ação é ou não normal. Como homem médio entende-se aquele indivíduo que possui o padrão aceitável de conhecimentos e atitudes.

c) Culpa levíssima: é o dano que somente seria evitado se o agente possuísse conhecimentos especiais ao caso concreto e habilidades excepcionais. Como, por exemplo, um sujeito que estaciona seu carro em uma rua muito inclinada. Outro indivíduo estaciona sua moto muito valiosa na frente do carro, a 5 cm de distância. O primeiro terá que sair de ré e não poderá descer mais de 5 cm, senão irá derrubar a moto. Este fato exige de extrema habilidade para que o dano não seja causado.

Frise-se que o valor da indenização a ser paga pelo agente causador do dano não é dotada de variação de acordo com o grau de culpa. Isso porque, a vítima, em sua real condição, não poderia ser sancionada pelo prejuízo que sofreu, ainda que originado pela culpa levíssima.

Todavia, o Código Civil de 2002 acrescentou norma divergente. O parágrafo único de seu artigo 944 prevê a possibilidade do Juiz diminuir a indenização a ser paga pelo agente causador do dano quando houver excessiva desproporcionalidade entre o grau de culpa e a extensão do dano.

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

A princípio parece um equívoco do legislador, vez que puniu justamente a vítima. O ideal seria acrescer uma multa ao indivíduo que praticou o dano através da culpa grave, mas nunca isentar a vítima de receber a reparação de seu dano.

A indenização não deve ter como parâmetro o grau da culpa, e sim o dano da vítima.

Seção III – Tipos de Culpa

Existem, ainda, vários tipos de culpa. Serão ressaltados no presente trabalho os mais relevantes.

a) Culpa concorrente: quando tanto o ofensor quanto a vítima agiram com culpa, ambas serão compensadas de acordo com o grau da culpa de cada um.

Assim, caso ambos tenham agido com culpa leve, o prejuízo sofrido pela vítima seria dividido em 50%. Exemplo: “A” estava dirigindo a uma velocidade de 100 Km/h e “B” estava guiando uma motocicleta a 120 Km/h, ambos na cidade. Encontram-se em um cruzamento e o acidente acontece. Ambos agiram com culpa para a ocorrência do sinistro.

b) Culpa conjunta: o evento danoso é causado por mais de um agente, ambos agindo culposamente. Nesses casos, os ofensores respondem solidariamente em relação a vítima. Exemplo: empregado que, no exercício de sua função, provoca acidente de forma culposa. Tanto o empregado quanto o empregador deverão responder a vítima.

c) Culpa *in eligendo*: o responsável pela reparação do dano é aquele que efetuou uma má escolha de representante, preposto ou de qualquer pessoa a qual lhe foi incumbida o cumprimento de determinada tarefa. Exemplo: “A” escolhe “B” para ser seu representante em determinada reunião em outra cidade. Durante a viagem, “B” pára em um bar e consome excessiva quantidade de bebida alcoólica. Causa um acidente. A responsabilidade será de “A”, vez que escolheu erroneamente seu representante.

d) Culpa *in vigilando*: deverá ressarcir o prejuízo à vítima o sujeito de deveria fiscalizar a conduta do ofensor direto e, no entanto, falhou em seu dever. Exemplo: empregado que pratica ato danoso dentro do prédio no qual trabalha.

e) Culpa por omissão: estará presente quando houver a obrigação jurídica de agir e evitar o resultado. Exemplo: salva-vidas que avista pessoa afogando-se e não faz nada.

f) Culpa presumida: não há necessidade da culpa ser demonstrada, tratando-se de presunção legal e/ou jurisprudencial. Nesse caso, ocorrerá a inversão do ônus da prova. Exemplo: a culpa do Estado sobre determinado dano será presumida.

Capítulo 4 – Da Responsabilidade Civil Objetiva

Seção I – Conceito de Responsabilidade Civil Objetiva

A Responsabilidade Civil Objetiva encontra amparo legal no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Em primeiro lugar é importante estabelecer os conceitos doutrinários de responsabilidade civil objetiva.

SIDDE (ob. cit., p. 749) conceitua responsabilidade civil objetiva como aquele que não possui fundamento na culpa, e sim na conduta perpetrada pelo agente:

Dir. Obr. Diz-se da que se baseia, não na *culpa*, porém na atividade desenvolvida pelo agente, capaz de causar dano a terceiros. Responsabilidade assentada na *teoria do risco*.

ALMEIDA, João Batista de (2000, p. 84) leciona que na responsabilidade civil objetiva sequer é importante a ocorrência da culpa:

(...) não se perquire a existência de culpa; sua ocorrência é irrelevante e sua verificação desnecessária, pois não há interferência na responsabilização. Para a reparação de danos, no particular, basta a demonstração do evento danoso, donexo causal e do dano ressarcível e sua extensão.

VENOSA (ob. cit, p. 13), leciona que a culpabilidade é desconsiderada nessa hipótese. Entende, contudo, que a culpa presumida não deve ser confundida com a responsabilidade objetiva:

“Esse fundamento fez surgir a teoria da responsabilidade objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade, ainda que não se confunda a culpa presumida com a responsabilidade objetiva.”

CAIO MÁRIO (ob. cit., p. 263), por sua vez, ao conceituar responsabilidade civil objetiva não exclui a culpa como o suporte da responsabilidade civil em geral:

“Um desses meios técnicos, ou um dos aspectos que se identifica como representativos da marcha no sentido da doutrina objetiva, é a teoria da ‘culpa presumida’. Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermédia, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação, e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado.”

Na exceção prevista no citado artigo o elemento decisivo é o **nexo causal**, ao contrário da Responsabilidade Civil Objetiva, na qual o elemento caracterizador é a culpa.

Uma vez comprovada a existência do dano, da conduta e do liame entre ambos, não cabe mais ao ofendido produzir provas: o dever de ressarcimento já é concreto.

Entretanto, existe discussão de culpa desde que o ofensor comprove as causas excludentes da responsabilidade civil.

Seção II – Ausência de culpa

Na responsabilidade civil objetiva prega-se por demasiada a ausência de culpa.

Todavia, não é o que ocorre. Existe sim o elemento culpa, até mesmo porque esta é um dos requisitos para a caracterização da responsabilidade civil.

Segundo essa teoria, a culpa é **presumida**.

Assim, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil prescreve que:

Art. 927. (...)

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

Em que pese o termo utilizado pelo legislador, a culpa está presente na análise da conduta do agente ofensor.

Este fato é comprovado vez que o ofensor poderá, a qualquer momento, comprovar que não existiu a culpa, ou que houve uma das causas excludentes de responsabilidade civil⁶.

Desse modo, é forçoso reconhecer que a culpa é passível de discussão durante a verificação da responsabilidade civil. Entretanto, de forma inversa, ou

⁶ As causas excludentes de responsabilidade civil são: legítima defesa, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade (art. 188 do Código Civil), culpa

seja, o ônus da prova com relação a este elemento é cabível ao acusado, e não ao acusador – vítima.

Seção III – Previsão legal

A responsabilidade civil objetiva encontra previsão legal, primeiramente, no citado parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Há, ainda, as hipóteses previstas nos artigos 931, 932 e 933 do mesmo diploma legal. Eles estabelecem que:

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

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

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

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

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

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

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

Estas são, a princípio, as previsões do Código Civil quanto à responsabilidade civil objetiva.

A novidade trazida pelo novo Código Civil é a hipótese do art. 931, que ampliou a responsabilidade dos empresários.

O Código de Defesa do Consumidor⁷ prevê de forma expressa apenas a responsabilidade objetiva do fabricante, produtor, construtor e importador (art. 12), bem como do comerciante (art. 13) e do fornecedor de serviços (art. 14).

Os dispositivos alhures mencionados prescrevem que:

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

(...)

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

(...)

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

É importante salientar que o Código de Defesa do Consumidor, em todo o seu conteúdo legislativo, prima pela proteção ao consumidor final. Até mesmo porque a população em geral depende dos produtos e serviços fornecidos, sendo que por inúmeras vezes se submetem a todo e qualquer tipo de constrangimento.

Com o objetivo de amparar o consumidor final, sempre se presume a sua hipossuficiência técnica e econômica⁸ em relação ao produtor, fabricante, comerciante ou fornecedor de serviços.

Em nosso cotidiano é clarividente a desvantagem do consumidor em relação às grandes empresas que lhe fornecem produtos ou serviços. Aquele rotineiramente encontra dificuldades para que seus direitos sejam respeitados e sua vontade seja considerada.

A fim de não deixar dúvidas, no legislador estabeleceu de forma expressa a vulnerabilidade do consumidor no art. 4º, inciso I, do citado diploma legal:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de sus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a

⁷ Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, respeitando previsão constitucional – art. 5º, inciso XXXII.

⁸ Entende-se por hipossuficiência técnica a disparidade de conhecimentos referentes ao produto ou serviço entre o profissional e o consumidor e por hipossuficiência econômica a condição economicamente prejudicial deste em relação aquele.

transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)

De igual sorte, este princípio é muito importante, no que concerne a responsabilidade civil objetiva, para facilitar ao consumidor o acesso ao Judiciário.

Se o ônus da prova referente a culpa do fornecedor ou fabricante fosse do consumidor, este encontraria dificuldades imensuráveis para enfrentar um processo judicial em pé de igualdade.

Por falta de conhecimentos técnicos, ou até mesmo pela falta de documentos, que permanecem em posse apenas do fornecedor de produtos ou serviços, é impossível ao consumidor final fazer valer seus direitos.

Diante deste contexto, o legislador estabeleceu as citadas hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Estas foram totalmente incorporadas pelo nosso ordenamento jurídico vigente.

Prova disso é a citada previsão do art. 931 do nosso atual Código Civil.

Seção IV – Da responsabilidade civil do profissional liberal

Neste momento, é imprescindível ressaltar que o próprio art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo 4º, dispõe uma exceção da exceção.

Sobre os profissionais liberais, a responsabilidade dependerá de culpa, ao contrário dos demais profissionais:

Art. 14. (...)

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

Deve-se frisar o conceito de profissional liberal, que é diferente de profissional autônomo.

Profissional autônomo é o profissional que não tem patrão. Não possui qualquer tipo de vínculo empregatício.

Profissional liberal é aquele que exerce uma atividade técnico-científica, regulamentada por lei, ou seja, exige estudo e preparação prévia para que tenha conhecimentos sobre a matéria e possa atuar em sua profissão.

O traço característico da responsabilidade civil do profissional liberal é a hipossuficiência técnica do consumidor em relação ao prestador de serviços.

Essa forte característica gera, quase automaticamente, a inversão do ônus da prova, sendo que caberá ao profissional provar que não agiu com culpa e que se utilizou de todos os procedimentos adequados e indicados para a situação apresentada.

Justamente sobre a prova, há no que se refere ao profissional, as chamadas **obrigações de meio** e as **obrigações de resultado**.

Quando o profissional liberal possuir apenas a obrigação de meio, bastará provar que sua conduta foi adequada, ou seja, que os meios utilizados foram os indicados para caso.

Por outro lado, na obrigação de resultado compete ao profissional não só provar que usou os meios adequados, recomendados, mas, além de usar os meios adequados, ainda tem que fazer prova de uma situação de caso fortuito ou força maior que justifique porque resultado final não foi atingido. Não é uma simples questão de obrigação, que continua sendo subjetiva. O problema é a análise da culpa.

Esta questão será analisada, de forma mais peculiar, mais a frente.

Parte II – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Capítulo 1 – Considerações Gerais sobre a Responsabilidade Civil do Médico

Seção I – Histórico da Responsabilidade civil do Médico

Até mesmo antes da legalização da profissão médica já existiam indivíduos que se dedicavam a tratar de doenças e fraturas dos seres humanos.

Assim, a origem da responsabilidade civil do médico confunde-se com a da própria profissão.

No início, sobre os erros praticados por essas pessoas, que eram curandeiros, sacerdotes, magos, etc., incidiam as normas gerais da responsabilidade civil, qual seja, a forma da vingança privada. Era a famosa Lei de Talião já citada no começo deste trabalho, que se referia a pena de Talião.

Com a evolução da humanidade foi-se notando a necessidade de serem criadas normas específicas no que se referia ao erro médico, em decorrência da grande importância dessa atividade para a humanidade.

Diante disso, o Código de Hamurabi (1687-1750 a.C.), nos seus artigos 218 a 226⁹, passou a prever sanções extremamente severas aos profissionais da medicina. Algumas dessas penas eram: amputação das mãos dos cirurgiões cuja intervenção cirúrgica causasse a morte ou a cegueira de uma pessoa livre, ou se

⁹ Transcrição do texto original:

§ 218. Se um médico fez em um awilum (homem livre com todos os direitos de cidadão) uma operação difícil com um escapelo de bronze e causou a morte do awilum ou abriu a nakkaptun de um awilum com um escapelo de bronze e destruiu o olho do awilum, eles cortarão a sua mão.

§ 219. Se um médico fez uma operação difícil com um escapelo de bronze no escravo de um mskênum e causou-lhe a morte, ele deverá restituir em escravo como o escravo (morto).

§ 220. Se ele abriu a sua nakkaptum com um escapelo de bronze e destruiu o seu olho, ele pesará a metade de seu preço.

§ 221. Se um médico restabelecer o osso quebrado de um awilum ou curou um músculo doente, o paciente dará ao médico 5 siclos de prata.

§ 222. Se foi um muskenum 3 siclos de prata.

§ 223. Se foi o escravo de um awilum, o dono do escravo dará 2 siclos de prata.

médico causasse a morte de um escravo, estaria obrigado a reparar seu dono, pagando-lhe o valor que lhe era devido.

Como ocorreu na própria evolução da Responsabilidade Civil, coube aos romanos criar a primeira distinção entre sanção, que consiste na punição pelo ato ilícito praticado, e reparação do dano, que não possui qualquer caráter punitivo, referindo-se apenas a restituição do prejuízo. Neste último a finalidade precípua é a volta ao *status quo ante*.

Seção II – No Código de Defesa do Consumidor

O médico, no Código de Defesa do Consumidor, possui o *status* de profissional liberal, a princípio.

Nessa circunstância, o profissional da medicina deverá exercer suas atividades como autônomo. Assim, ele estará revestido por todas as proteções legais dirigidas ao profissional liberal, conforme já exposto no trabalho.

Uma dessas vantagens, mais notória e interessante ao estudo apresentado, é que o profissional liberal, conforme o artigo 14, §4º, do citado códex, terá responsabilidade subjetiva.

A vítima, portanto, deverá comprovar a existência de culpa na prática da atividade médica.

Importante é apenas a ocorrência da inversão do ônus da prova, que será discutida separadamente.

Entretanto, se o médico exercer seu trabalho como empregado de hospitais ou qualquer empresa prestadora de serviços de saúde, o quadro é diferenciado.

Com relação ao empregador, a responsabilidade será objetiva. É o que prevê o art. 932, inciso III, c.c. o art. 933, ambos do Código Civil.

Isso não impede que o empregador promova ação regressiva contra o seu empregado, no caso, o médico. Contudo, este deverá necessariamente comprovar a conduta culposa, vez que a responsabilidade do empregado em relação ao empregador é subjetiva.

Assim, se o paciente acionar a empresa empregadora, visando a reparação do dano, e não houve culpa do médico, a mesma deverá arcar com a indenização individualmente. Basta ao paciente comprovar a conduta do médico, o dano que ele causou e o nexo causal entre ambas.

Todavia, o empregador não conseguirá rever seus gastos perante o profissional, vez que o mesmo não agiu com culpa.

Nesse momento, é importante esclarecer que o paciente figura, perante do Código de Defesa do Consumidor, como consumidor.

O Art. 2º do mesmo diploma legal conceitua consumidor:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

O paciente enquadra-se nessa situação, eis que é o destinatário final da prestação de serviços médicos.

Diante disso, não há dúvidas da relação de consumo existente entre as partes, quais sejam, médico e paciente.

Seção III – Ônus da Prova

Via de regra, no que concerne a incumbência da prova, o Código de Processo Civil, em seu artigo 333, estabelece que:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Desse modo, o paciente lesado é que, a princípio, deverá comprovar o fato que alega constituir seu direito.

Inobstante a isso, o Código de Defesa do Consumidor, prevê em seu artigo 6º, inciso VIII, a inversão do ônus da prova quando o consumidor for hipossuficiente.

Conforme já exposto em nosso trabalho, o paciente é possuidor da hipossuficiência técnica, vez que é impossível a qualquer paciente que não seja

médico ter conhecimentos acerca das providências a serem tomadas de acordo com o quadro apresentado pelo paciente.

O procedimento a ser seguido pelo profissional da medicina é uma incógnita a todos os cidadãos que não exercem a mesma atividade profissional.

Logo, o Código de Defesa do Consumidor primou por impedir que a reparação de um dano deixe de ser ressarcido pela ignorância do consumidor quanto ao procedimento que deveria ser adotado pelo prestador de serviços.

Entretanto, é importante ressaltar que a argüida inversão do ônus da prova não se confunde com a ocorrência da responsabilidade objetiva.

Nesta hipótese, o causar do dano deverá repará-lo independentemente da existência da culpa. Basta a prática da conduta lesiva, a caracterização do dano e o nexo causal entre ambas.

Já na inversão do ônus da prova, a culpa deve, de forma imprescindível, ser comprovada. O que ocorre é a necessidade do causador do dano provar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ficando a vítima livre dessa incumbência probatória.

Esse é o ensinamento de NETO (2002, p. 149):

“Não há, assim, qualquer incompatibilidade que, em sendo a responsabilidade subjetiva, seja determinada a inversão do ônus da prova. A consequência disso será que, ao invés de o consumidor provar que a culpa pela ocorrência do evento que lhe causou prejuízo foi do fornecedor (profissional liberal), tal ônus passa a ser deste, que, *in casu*, deverá demonstrar que houve-se com perícia, prudência ou zelo, não tendo, dessa forma, incidido em nenhuma modalidade de culpa.”

Em assim sendo, é clarividente a necessidade da inversão do ônus da prova quando se tratar de prestação de serviços médicos por profissional liberal. Sua responsabilidade não deixa de ser subjetiva, via de regra, mas é imprescindível a inversão sobredita para prover a verdadeira justiça.

Capítulo 2 – O serviço médico como obrigação de meio

Seção I – Utilização de meios adequados

Na atualidade, os Tribunais pátrios têm aplicado na atividade médica, como regra, a obrigação de meio. O profissional deverá comprometer-se a utilizar todos os meios adequados para que o paciente receba o tratamento ideal à sua enfermidade.

Quase que a totalidade das atividades medicinais são entendidas como obrigações de meio. Até mesmo porque a atividade encontra-se permeada de circunstâncias aleatórias que não permitem ao profissional da saúde comprometer-se a atingir o resultado pretendido por ele, pelo paciente e sua família. É a chamada álea do resultado, vez que as partes estão revestidas pela incerteza quanto ao objetivo por elas intencionado.

Pode ser citado como exemplo da álea do resultado as reações do organismo humano a aplicação de determinada substância anestésica, ou complicações no desenvolvimento de alguma recuperação.

A álea de resultado é um fator decisivo para determinar a obrigação de meio do médico.

NETO (ob. cit., p. 235) sobre o assunto leciona que:

“Mas, principalmente no Brasil, é inegável que os tribunais sempre trataram os médicos com elevada compreensão. Entende-se que os galeanos, em quase todas as especialidades, assumem essa *obrigação de meios* (de prudência, diligência ou atividade). Somente se obriga a aportar os meios conducentes à obtenção da cura ou da prestação prometida ao credor (paciente). Admite-se que interferem na atuação do médico fatores aleatórios, que o impedem de assegurar, previamente, o atingimento do objetivo colimado.”

E, ainda, FUGIE (2002, p. 89), ao referir-se a álea do resultado, discorre:

“Dessa forma, se certos elementos fogem ao controle do devedor, como, por exemplo, as reações do organismo humano na obrigação de cuidados médicos, a execução da prestação é aleatória e é razoável que o devedor não tenha assumido um resultado que seja aleatório. O resultado é desejado, mas não constitui o objeto da prestação. Considera-se tal obrigação de meio.”

A teoria do risco do desenvolvimento pode, inclusive, ser entendida como uma álea do resultado, vez que este risco é uma das conseqüências naturais do avanço tecnológico.

Questão controversa é se o profissional seria responsável por defeitos na prestação de serviços que, no momento em que foram efetivados, não poderiam ser detectados pelo estágio da ciência.

Entretanto, a interpretação mais correta seria entender o risco do desenvolvimento como uma excludente da responsabilidade civil. Afinal, o profissional tomou, ao tempo da prestação do serviço médico, todas as precauções que a ciência lhe permitiu.

O importante é sempre informar ao paciente e a família as novidades trazidas pela ciência médica para melhorar o tratamento a ele aplicado.

Insta salientar que a atividade médica é uma obrigação de fazer, sendo de prestação de serviços materiais e/ou intelectuais, que consiste, basicamente, três etapas: diagnóstico, prognóstico e tratamento.

Pelo diagnóstico o médico, através da verificação de sintomas, sinais e/ou exames, determinará a doença que atinge o paciente.

Posteriormente, o profissional, com base no diagnóstico, irá prever a evolução da doença. Esse é o prognóstico.

Por fim, esclarecerá o tratamento que será utilizado para curar, aliviar ou prevenir aquele mal diagnosticado.

Em nenhum momento, a princípio, há obrigação do médico de simplesmente curar, não relevando a possibilidade de ocorrer uma álea do resultado. O compromisso do profissional é de fornecer toda sua capacidade intelectual e material – local, instrumentos e medicamentos adequados – para que o paciente atinja a cura ou o alívio.

Seção II – Hipóteses de cabimento

A) Angiologia e Cirurgia vascular:

Varizes são veias dilatadas, tortuosas e alongadas, de localização subcutânea. São encontradas, por exemplo, nos membros inferiores, veias pélvicas e esôfago.

Sua retirada é considerada, a princípio, um procedimento estético, vez que visa melhorar a aparência do paciente.

Todavia, há casos em que as varizes causam sintomas extremamente inconvenientes, tais como dor, cansaço, sensação de peso e desconforto. Além disso, não estão livres de complicações como odor, prurido, formigamento, inchaço e câibras.

Assim, o tratamento das varizes não é estético em todas as situações. Este visa também a cura e a prevenção de maiores problemas.

Em suma, esta cirurgia será considerada obrigação de meio quando enfrentarem maiores dificuldades. É o que ocorre no caso de aneurisma arterial, estenose de carótida ou grangena.

B) Anestesiologia

O anestesista terá a obrigação de meio quando o paciente, por exemplo, possuir um afastamento ou desvio na medula óssea. Isso na situação cirúrgica em que deve ser aplicada a anestesia geral.

Por um problema decorrente de defeito do paciente, a natureza da obrigação médica é alterada.

C) Cirurgias ortopédicas

São notórias as circunstâncias em que esta cirurgia será caracterizada pela obrigação de meio. Aliás, esta é a regra nessas cirurgias. Principalmente em casos de grandes traumas, como ocorre em acidentes automobilísticos e em grandes quedas, o médico irá comprometer-se apenas em utilizar-se dos meios adequados para curar ou prevenir maiores complicações.

D) Cirurgia plástica reparadora

Há casos em que a cirurgia plástica não visa apenas a beleza e a melhor aparência do paciente.

Como é comum em casos de acidentes, principalmente automobilísticos, ou outros em que envolvam substâncias corrosivas (Por exemplo: fogo, soda caustica, etc.), a cirurgia plástica visa tentar diminuir os danos causados ao paciente.

Assim, o médico irá comprometer-se a utilizar todos os meios adequados para corrigir os defeitos apresentados, atingindo o máximo que a Ciência Médica permitir.

E) Radiologista

O exame de ultrassom em uma pessoa super-obesa é uma obrigação de meio e não de resultado como seria em outras circunstâncias.

F) Patologista

O exame de análise patológica apesar de na maior parte dos casos ser de resultado, ele depende da coleta bem efetiva do outro profissional.

Capítulo 3 – O serviço médico como obrigação de resultado

Seção I – Consentimento informado

O desenvolvimento da doutrina do consentimento informado ocorreu nos Estados Unidos da América, a partir do caso *Schloendorf c/ Society of New York Hospital*, de 1914, onde o magistrado declarou que a pessoa capaz deve saber e determinar o que acontecerá com seu corpo.

Este instrumento, tratado como novidade em nosso país, tem como finalidade precípua cumprir um dos deveres mais importantes do médico, bem como um dos direitos de maior relevância do paciente: o direito a informação.

A ausência desse direito é que origina, com grande frequência, a maioria das ações movidas atualmente em face de médicos e hospitais.

Sobre o assunto, é interessante acrescentar a importância da relação médico-paciente.

O paciente, por geralmente encontrar-se em uma situação extremamente frágil, sente a necessidade de confiar em seu médico, em seu diagnóstico e tratamento.

Quando, de alguma forma, o médico não corresponde a essa expectativa natural do paciente e/ou de seus familiares, surge um impasse entre ambos. Os sujeitos “passivos” dessa relação, após o resultado sinistro, com a morte ou sérias seqüelas do paciente, atribuem a responsabilidade do ocorrido ao médico e/ou ao hospital onde prestou os serviços.

Por outro lado, por pior que seja o desenrolar dos fatos, se o médico fornece ao paciente e seus familiares todas as informações necessárias, o tratamento aplicado passo a passo, bem como a possibilidade de haver maiores complicações, dificilmente ensejará em alguma ação de responsabilidade civil.

Entretanto, muitos profissionais entendem que devem desenvolver suas atividades sem prestar informações ao paciente e seus familiares. Se, posteriormente, ocorre algum problema natural, que todo doente naquela situação

está sujeito, por mais simples que possa parecer, com certeza irá culminar em processos judiciais.

O consentimento informado vem sendo utilizado no Brasil com muita frequência principalmente com o objetivo de avisar a todos os envolvidos da exata situação em que se encontra o paciente. Com isso, o médico pretende eximir-se da obrigação de resultado.

Toda intervenção cirúrgica, por exemplo, possui uma margem de riscos. A decisão de assumir estes riscos deve ser do paciente, se capaz. Se incapaz, a escolha caberá a seus responsáveis legais.

Dessa forma, o consentimento informado prima por esclarecer o paciente desses riscos, e livrar-se de futuras ações.

Uma vez assinado esse consentimento, o paciente firmou com seu médico um compromisso: aceitar todo o tratamento médico recomendado de acordo com seu diagnóstico, e o médico irá proporcionar o seu regular desenvolvimento dentro das limitações atuais da Ciência Médica.

Alguns médicos em nossa região, principalmente os cirurgiões plásticos, justamente pretendendo excluir da obrigação de resultado de sua atividade, além da assinatura do consentimento informado tem utilizado de filmagens das consultas. Essas filmagens mostram claramente que o médico informou ao paciente todos os riscos, vantagens e desvantagens, da cirurgia a que seria submetido.

O consentimento informado, conforme o que nós conhecemos, pode ser realizado, basicamente, de duas formas: oral e escrita.

A oral é a mais comum. Todavia, dificulta sobremaneira, se não tornar impossível, comprovar a informação dada ao paciente em uma consulta no processo judicial.

Assim, para efeito de constituir um forte elemento probatório, o consentimento informado deve ser escrito. Não se faz, a princípio, necessária a forma pública. Ou seja, não são imprescindíveis requisitos como reconhecimento de firma das assinaturas, ou o registro do consentimento como instrumento público ou particular.

Basta um papel simples, feito em algumas vias, assinado pelas partes: paciente, familiares e/ou responsável legal e médico.

Inobstante a isso é preciso atentar para a possibilidade do consentimento informado ter seu caráter probatório diminuído ou anulado.

A assinatura do termo de consentimento informado, por vezes ou sempre, irá condicionar a prestação de serviços médicos.

Nesse caso, é possível entender que há certa coação psicológica por parte do paciente. Afinal, se o tratamento não tiver como objetivo apenas a estética, o paciente desejará incessantemente a cura. Poderá, nessas circunstâncias, se submeter a qualquer tipo de cláusula contratual, sem preocupar-se com as possíveis conseqüências.

Este comportamento é o reflexo da busca constante do homem ao bem estar. Em momento algum o ser humano deseja sentir dores ou sofrer restrições. Em troca de sua saúde assinará qualquer contrato, com quaisquer informações sem atentar para essa circunstância.

Nesse sentido já houve parecer do Conselho Federal de Medicina nos autos do processo-consulta CFM n. 4.678/2000:

“PC/CFM/Nº 30/2000

INTERESSADO: Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia

ASSUNTO: Consentimentos pós-informados

RELATOR: Cons. Evilázio Teubner Ferreira

EMENTA: O CFM mantém uma postura respeitosa e compreensiva com os médicos e sociedades de especialidades que adotem o consentimento pós-informado, mas não recomenda o seu uso como norma.

Para melhor avaliação, transcreveremos integralmente o texto das fls. 87 e 88, de autoria do dr. Hugo Miyahira, presidente da Comissão de Defesa Profissional da FEBRASGO e presidente da SGORJ, que contém os principais argumentos principais que embasam o projeto encaminhado ao CFM:

CONSENTIMENTO PÓS-INFORMADO

Hugo Miyahira

Presidente da Comissão de Defesa Profissional da FEBRASGO

Presidente da SGORJ

(...)

No bojo desta situação surgiu o ‘consentimento informado’, que prefiro nomear ‘consentimento pós-informado’.

Um documento que, nas cidades do Primeiro Mundo se imiscuiu na relação médico-paciente e que agora nos chega para, vez por outra, em pendengas judiciais nos auxiliar ruim e bom.

Ruim quando soa como ameaça, coação, manipulação e distorção das informações. Ruim também quando omite (Lembro-me de um dos sermões do Padre Vieira: 'A omissão é o pecado que se faz não fazendo')." – grifo meu.

Desse modo, não é novidade no meio da Ciência Médica a possibilidade do entendimento a cerca da invalidade probatória do termo de consentimento informado.

Todavia, diante da necessidade e da influência ainda existente do consentimento informado em nosso Direito pátrio, anotaremos alguns modelos de consentimento informado.

A Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica oferece o seguinte modelo:

TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

1. Por determinação explícita de minha vontade, eu, por este termo autorizo o(a) Dr.(a), e todos os demais profissionais dos quais ele(a) se serve(m) – e que estão vinculados à minha assistência -, a realizar o procedimento cirúrgico denominado, bem como os cuidados e tratamentos médicos necessários dele decorrentes.

2. O procedimento acima autorizado me foi explicado claramente, por isso entendo que:

a) Como resultado da cirurgia existirá uma cicatriz, que será permanente. Contudo, todos os esforços será feitos no sentido de encobrir e/ou diminuir a cicatriz, de forma a torná-la o menos visível possível;

b) Poderá haver inchaço (edema) na área operada que, eventualmente, pode permanecer por dias, semanas e, menos freqüentemente, por meses;

c) Poderá haver manchas na pele que, eventualmente, permanecerão por semanas, menos freqüentemente por meses em raramente, serão permanentes;

d) Poderá haver descoloração ou pigmentação cutânea nas áreas operadas por um período indeterminado de tempo. Muito raramente estas alterações poderão ser permanentes;

- e) Eventualmente, líquidos, sangue e/ou secreções podem se acumular na região operada, necessitando drenagem, aspiração ou reparo cirúrgico;
- f) Poderá haver perda da sensibilidade e/ou mobilidade nas áreas operadas por um período indeterminado de tempo e que é variável de paciente a paciente;
- g) Poderá ocorrer perda da vitalidade biológica na região operada, ocasionada pela redução da vascularização sanguínea, acarretando alteração da pele, e, mais raramente, necrose da mesma, podendo necessitar para sua reparação de nova(s) cirurgia(s), com resultados apenas paliativos;
- h) Poderá ocorrer dor pós-operatória, em maior ou menor grau de intensidade, por um período de tempo indeterminado e variável de paciente a paciente;
- i) Toda cirurgia plástica pode necessitar, eventualmente, de retoques, ou pequena cirurgia complementar, para atingir um melhor resultado.

Portanto, de posse destas informações:

3. Eu reconheço que durante o ato cirúrgico podem surgir situações ou elementos novos que não puderam ser previamente identificados e, por isso, outros procedimentos adicionais ou diferentes daqueles previamente programados possam ser necessários. Por tal razão autorizo o(a) cirurgião(a), o(a) anestesiológico(a) e toda sua equipe a realizarem os atos necessários condizentes com a nova situação que, eventualmente, venha a se concretizar.

4. Eu entendo que tanto o(a) médico(a) quanto sua equipe se obrigam unicamente a usar todos os meios técnicos e científicos à sua disposição para tentar atingir um resultado desejado que, porém, não é certo. Não sendo a Medicina uma ciência exata, fica impossível prever matematicamente um resultado para toda e qualquer prática cirúrgica, razão pela qual aceito o fato de que não me podem ser dadas garantias do resultado, tanto quanto o percentual de melhora, como em aparência de idade, ou, mesmo, a permanência dos resultados atingidos.

5. Eu concordo em cooperar com o(a) médico(a) responsável por meu tratamento até seu restabelecimento completo, fazendo a minha parte no contrato médico/paciente. Sei que devo aceitar e seguir as determinações que me forem dadas (oralmente ou por escrito), pois se não fizer a minha parte poderei

comprometer o trabalho do(a) profissional, além de pôr em risco minha saúde e meu bem estar ou, ainda, ocasionar seqüelas temporárias ou permanentes.

6. Eu compreendo e aceito o fato de que o tabagismo, o uso de drogas e de álcool, ainda que não impeçam a realização de uma cirurgia, são fatores que podem desencadear complicações médico-cirúrgicas.

7. Eu autorizo o registro (foto, som, imagem etc.) dos procedimentos necessários para a(s) cirurgia(s) proposta(s) por compreender que tais registros, além de serem uma exigência médico-legal, ainda representam uma alternativa importante de estudo e de informação científica.

8. Eu aceito o fato de que a utilização das próteses de mama, por mim solicitada, expõe a possibilidade de um futuro endurecimento, modificação de forma e dor local, ocorrências estas que podem ser uni ou bilaterais, sendo devidas exclusivamente ao silicone e à reação particular do meu organismo àquela substância. Este fenômeno (retração capsular), me foi claramente explicado pelo meu médico, que enfatizou a minha necessidade de conhecer e aceitar este risco, antes de me submeter à cirurgia de colocação de prótese mamária.

8.1. Eu aceito este risco e o fato de que a ocorrência daquele fenômeno implicará a necessidade de nova(s) cirurgia(s) com troca de prótese. Esta(s) nova(s) cirurgia(s) poderá(ão) ou não resolver o problema, podendo em certos casos ser preciso efetuar a retirada total e definitiva das próteses, ficando, então, as mamas de tamanho menor e com forma diferente da anterior à colocação da prótese.

8.2. Estou ciente que estas cirurgias e próteses implicarão custos adicionais para mim.

9. Estou ciente que as próteses de mento (queixo) podem, em alguns casos, sofrer deslocamentos e/ou exposição através da mucosa da boca. Nestes casos, será necessário retirar a prótese, o que pode ser definitivo. Em outros casos, que são raros, as próteses com o decorrer dos anos, podem provocar erosão óssea na mandíbula, acompanhada de dor e eventual prejuízo para a dentição local.

10. Estou ciente que pode ocorrer eliminação das minhas atividades cotidianas por período de tempo indeterminado.

Tive a oportunidade de esclarecer todas as minhas dúvidas relativas ao ato cirúrgico ao qual, voluntariamente, irei me submeter, razão pela qual autorizo o(a) profissional acima designado(a) a realizar o(s) procedimento(s) necessário(s).

São Paulo, de de 20.....

..... R.G.:.....

Assinatura do(a) paciente

TESTEMUNHAS:

1..... R.G.:.....

2..... R.G.:.....

A FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetícia –, por sua vez, apresenta os seguintes modelos:

DOCUMENTO DE “CONSENTIMENTO PÓS-INFORMADO”

PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MÉDICO

PROCEDIMENTO INFORMADO

CESÁREA PROGRAMADA

DECLARANTE

Nome:

Idade: :

Endereço: :

Tel.: () :

Identidade n.º: : Órgão

Expedidor: :

Data de emissão: :

Paciente Representante legal Representante familiar

Responsável

OBS.: No caso do declarante não ser o paciente, preencher os dados do paciente.

PACIENTE

Nome:

Idade: :

Endereço: :

Tel.: () :

Identidade n.º: : Órgão

Expedidor: :

Data de emissão: :

DECLARO

Que o Doutor:

Nome:

CRM n.º:

Instituição:

Informou-me que tendo em vista o diagnóstico de:

ser conveniente e indicado proceder
CESÁREA PROGRAMADA.

(em minha pessoa ou no paciente supra mencionado)

Esclareceu-me que:

1. A cesárea é uma intervenção obstétrica na qual se faz a extração fetal por via abdominal.
2. O fato de se programar uma cesárea se deve as circunstâncias atuais de minha gestação que não permitem um parto por via vaginal, em vista de se presumir um maior risco (aumento da morbilidade e mortalidade, tanto para a mãe quanto para o feto). Assim, é a cesariana a alternativa que oferece maior garantia para meu futuro filho e para mim.
3. A cesárea necessita anestesia, que será avaliada pelo Serviço de Anestesia, e atenção especializada ao recém-nascido.

4. A cesárea abdominal não está isenta de complicações. De forma excepcional, pode surgir as derivadas do parto (hemorragia, atonia uterina, endometrites, transtornos de coagulação e infecções); e as derivadas da intervenção cirúrgica (febre, infecção da ferida, seromas, hematomas, afecções urinárias, deiscência e/ou eventração pós-cirúrgica).

5. Como em toda intervenção cirúrgica, existe um risco excepcional de mortalidade derivado do próprio ato cirúrgico ou da situação vital de cada paciente.

6. Se no momento do ato cirúrgico surgir algum imprevisto, a equipe médica poderá variar a técnica cirúrgica programada.

A longo prazo poderão existir prolapsos (descensos) de cúpula vaginal, hérnias, proslaparatómicas (abdominais), assim como patologia de ovários restantes quando se conservam os mesmos.

Entendi as explicações que me foram prestadas em linguagem clara e simples, esclarecendo-me todas as dúvidas que me ocorreram.

Também entendi que, a qualquer momento e sem necessidade de dar nenhuma explicação poderei revogar o consentimento que agora presto.

Assim, declaro agora que estou satisfeito(a) com a informação recebida e que compreendo o alcance e riscos do tratamento.

Por tal razão e nestas condições

CONSINTO

Que se realize a CESÁREA PROGRAMADA proposta.

Reservo-me expressamente o direito de revogar a qualquer momento meu consentimento antes que o procedimento objeto deste documento se realize.

Local e data:

Médico		Paciente ou Representante ou Responsável
--------	--	--

TESTEMUNHAS:

.....

REVOGAÇÃO

Revogo o consentimento prestado na data de: / / e não desejo prosseguir o tratamento, que dou com esta por finalizado.

Local e data:

Médico		Paciente ou Representante ou Responsável
--------	--	--

**DOCUMENTO DE “CONSENTIMENTO PÓS-INFORMADO”
 PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MÉDICO
 PROCEDIMENTO INFORMADO
CESÁREA SEGMENTÁRIA**

DECLARANTE
 Nome:

Idade: :

Endereço: :

Tel.: () :

Identidade n.º : Órgão
 Expedidor: :

Data de emissão: :

Paciente Representante legal Representante familiar
 Responsável

OBS.: No caso do declarante não ser o paciente, preencher os dados do paciente.

PACIENTE

Nome:

Idade: :

Endereço: :

Tel.: () :

Identidade n.º: : Órgão

Expedidor: :

Data de emissão: :

DECLARO

Que o Doutor:

Nome:

CRM n.º:

Instituição:

Informou-me que tendo em vista o diagnóstico de:

	ser conveniente e indicado proceder CESÁREA SEGMENTÁRIA.
--	--

(em minha pessoa ou no paciente supra mencionado)

Esclareceu-me que:

1. A cesárea é uma intervenção obstétrica que se leva a cabo para a extração fetal por via abdominal.
2. O fato de se indicar uma cesárea se deve as circunstâncias atuais de que um parto pressupõe um maior risco (morbilidade e/ou mortalidade para a mãe ou feto aumentada) e, portanto, não existir maiores garantias para meu futuro filho e para mim.
3. A cesárea requer anestesia, que será avaliada pelo Serviço de Anestesia.
4. A cesárea abdominal não está isenta de complicações. De forma excepcional, pode surgir: hemorragia, atonia uterina, endometrites, e mais raramente,

transtornos de coagulação e infecções; seromas, hematomas, afecções urinárias, deiscência e/ou eventração pós-cirúrgica).

5. Como em toda intervenção cirúrgica, existe um risco excepcional de mortalidade derivado do próprio ato cirúrgico ou da situação vital de cada paciente.

6. Se no momento do ato cirúrgico surgir algum imprevisto, a equipe médica poderá variar a técnica cirúrgica programada.

Entendi as explicações que me foram prestadas em linguagem clara e simples, esclarecendo-me todas as dúvidas que me ocorreram.

Também entendi que, a qualquer momento e sem necessidade de dar nenhuma explicação poderei revogar o consentimento que agora presto.

Assim, declaro agora que estou satisfeito(a) com a informação recebida e que compreendo o alcance e riscos do tratamento.

Por tal razão e nestas condições

CONSINTO

Que se realize a CESÁREA SEGMENTÁRIA proposta.

Reservo-me expressamente o direito de revogar a qualquer momento meu consentimento antes que o procedimento objeto deste documento se realize.

Local e data:

Médico		Paciente ou Representante ou Responsável
--------	--	--

TESTEMUNHAS:

.....

REVOGAÇÃO

Revogo o consentimento prestado na data de: / / e não desejo prosseguir o tratamento, que dou com esta por finalizado.

Local e data:

Médico

Paciente ou
Representante
ou Responsável

Seção II – Hipóteses de cabimento

A) Angiologia e Cirurgia Vascular

Conforme exposto no capítulo anterior, se a retirada das varizes tiver como objetivo apenas a melhora da aparência do paciente, a obrigação do médico irá equiparar-se a da cirurgia plástica estética, qual seja, a obrigação de resultado.

B) Anestesiologia

Entendemos que, com exceção da hipótese na qual a medula possui algum tipo de afastamento, a obrigação por ele assumida será de resultado. A finalidade do profissional, apesar da complexidade que sabemos revestir a atividade, é anestésiar o paciente a fim de inibir as dores dos traumas que ocorrerão durante a cirurgia.

O médico irá comprometer-se a efetivamente anestésiar o paciente, e não a se utilizar todos os meios adequados para isso. Obviamente, há exceções.

C) Cirurgias ortopédicas

Existem casos onde as cirurgias ortopédicas são utilizadas de forma estética. A fixação por parafusos externos pode ser utilizada em casos de multifraturas e para auxiliar em crescimento de ossos, onde então seria obrigação de resultado.

D) Cirurgia plástica estética

Não há nenhuma controvérsia no direito atual sobre a obrigação de resultado na cirurgia plástica estética. O médico, obviamente, se compromete a atingir o resultado pretendido pelo paciente. Se este não ocorrer por qualquer

motivo, irá originar grande frustração por parte do paciente. Está por ser causa para iniciar uma ação civil.

E) Laqueadura e vasectomia

Parece clarividente a obrigação de resultado nas cirurgias de laqueadura e de vasectomia. A obrigação do médico para com o paciente é impedir que os mesmos tenham filhos, atingindo diretamente em sua capacidade de reprodução.

O resultado pretendido pelo paciente e pelo médico é transparente, e consiste na efetiva contracepção. Se não for atingido esse objetivo, o médico deverá comprovar durante a ação de responsabilidade civil que utilizou todos os meios adequados aquela atividade cirúrgica.

Parte III – COLETÂNEA JURISPRUDENCIAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Capítulo 1 – Da Responsabilidade Civil Subjetiva: obrigação de meio

10ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 1594/96

Relator substituto: Des. Sylvio Capanema de Souza

Ação ordinária de responsabilidade civil – Erro médico – Obrigação de meio – Prova da culpa – Não se tratando, na espécie, de cirurgia plástica meramente estética, a obrigação assumida pelo médico é de meio, o que, entretanto, não o exonera da responsabilidade, se provado ter agido culposamente, ao adotar técnica cirúrgica que não se adequava à hipótese – Os danos morais são devidos, diante do sofrimento d'alma sofrido pela paciente, que se imaginava livre do tumor na mama, que, entretanto, não fora extraído – Quanto aos danos materiais, foram corretamente dimensionados, não tendo o réu feito a prova de terem sido os exames pagos pelo plano de saúde – Desprovemento do apelo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1594/96m em que é apelante P.N.N. e Apelados L.A. A e S/mulher – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Apelação Cível nº 2987/94

Relator: Des. Thiago Ribas Filho

Responsabilidade civil – Erro médico – Alegado, na realização de intervenção cirúrgica – Improcedência do pedido, que se confirma, no Julgamento de apelação interposta – A responsabilidade civil do médico somente decorre de culpa robustamente provada, prevalecendo a presunção de capacidade do

profissional diplomado contra simples alegações de conduta negligente ou imperita.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2987/94, era que é Apelante L.F.A.R. e são Apelados S.C.M.R.J. e E.P.M.

Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Apelação nº 3583/91

Relator: Des. Ferreira Pinto

Ementa

Dano resultante de operação cirúrgica – A responsabilidade dos médicos não está ligada somente ao êxito da operação, ainda que se trate de cirurgia estética – Imprudência na realização de cirurgia da vista, no consultório, com o paciente usando a mesma roupa com que se encontrava na rua, muito embora tenha sido realizada assepsia do campo cirúrgico – Nexo causal admitido pelo uso de fungicida no tratamento e pela forma com que foi realizada a cirurgia – Cabimento da verba de dano moral, em face da existência de prejuízo estético – Descabimento da indenização em dobro, em vista da inexistência de aleijão ou deformidade, achando-se o prejuízo estético ressarcido pela verba de dano moral – Correção monetária das verbas da indenização, a contar do ajuizamento da ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 3583/91, em que são Apelantes: 1. J.C.V.R. e outros; 2. M.M.M., e Apelados, os mesmos.

Acórdão

(TA-MG)

Apelação Cível nº 170.1851 – 6ª C. – j. 28.04.1994

Relator: Juiz Salatiel Resende

Ementa

Não se há de imputar responsabilidade indenizatória ao médico, em face do insucesso de intervenção cirúrgica, se não restar evidenciada sua conduta culposa, uma vez que o compromisso assumido constitui obrigação de meio e não de resultado.

“Indenização – Responsabilidade civil – Ato ilícito – Negligência médica – Imperícia – Inocorrência – Profissional que se utiliza de todos os meios adequados – Responsabilidade subjetiva deste que depende de prova de culpa – Contrato de meio e não de resultado. Recurso não provido.” (in RJTJSP – Lex, 112/201).

“Responsabilidade civil – Médica – Culpa – Inexistência. Sem prova de culpa ainda que o médico não tenha sido feliz no tratamento do paciente, não há se falar em responsabilidade civil.” (TJSP).

“Sendo a obrigação do médico uma obrigação de meio e não de resultado, é ele responsável pelo insucesso de uma cirurgia apenas quando fica provada sua imprudência ou negligência. Sem a prova de elementos subjetivo da responsabilidade civil, tudo há de ser debitado ao infortúnio. Não se apurando, na instrução do processo, nada que possa comprovar o inadimplemento da obrigação de propiciar a assistência médica adequada, não há lugar para imputar-se responsabilidade indenizatória, seja ao respectivo médico assistente do paciente ou da própria organização onde o mesmo se achava hospitalizado” (artigo publicado pelo Prof. Reynaldo Andrade Silveira, da Universidade Federal do Pará, sob o título: “Responsabilidade Civil do Médico”, na RT 674/57 – 2ª CC do Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

Acórdão

(TJ-AL)

(N. 2124/89)

Apelação Cível n. 9038 – Capital

Apelante: J.P.V.M.N.

Apelado: M.R.L.A.

Ementa

Ação ordinária de Indenização – Responsabilidade civil – Erro médico.

A responsabilidade civil dos médicos por atos de seu ofício repousa na culpa.

Assim, realizada a intervenção prescrita ao paciente, com a técnica adequada, não se pode atribuir à negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião as conseqüências desfavoráveis, provenientes de um mal evolutivo, decorrente de um processo inflamatório e inespecífico.

Recurso provido.

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Cirurgia médica - Laparotomia exploratória (peritonite, apendicite e um líquido com odor que denunciava processo infeccioso), resultando na morte do filho dos autores - Configuração de obrigação de meio e não de resultado - Culpa não demonstrada - Alegação de retrato do diagnóstico e intervenção cirúrgica - Descabimento - Hipótese em que os parentes do enfermo não consentiram na internação - Risco de vida iminente não evidenciado, que pudesse obrigar o médico a proceder à internação, independentemente da vontade dos familiares - Ação improcedente - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 005.253-4 - Campinas - 1ª Câmara de Direito Privado - Relator: Guimarães e Souza - 11.11.97 - V.U. - TJSP).

INDENIZAÇÃO - Erro médico - Alegação de falta de advertência pelo profissional a respeito das conseqüências possíveis de cirurgia - Obrigação de meio - Inexistência de culpa por parte do médico - Exceção prevista no Código de Defesa do Consumidor quando se trata de profissional liberal - Inteligência do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor e art. 951 do Código Civil - Responsabilidade subjetiva caracterizada - Omissão que não pode conduzir ao

reconhecimento de responsabilidade civil - Advertência a respeito do risco da cirurgia que por si só, não teria o condão de alterar o resultado do procedimento - Recurso desprovido. (Apelação Cível n. 135.021-4/0 - Itu - 1ª Câmara de Direito Privado - Relator: Guimarães e Souza - 11.03.03 - M.V. - TJSP).

Capítulo 2 – Da Responsabilidade Civil Objetiva: obrigação de resultado

9ª Câmara – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Apelação cível n. 7063/96

Relator: JDS Des. Nilson de Castro Dião

Responsabilidade civil – Cirurgia estética – Danos sofridos pela paciente. Sendo a cirurgia estética uma obrigação de resultado, responde o cirurgião pelos danos causados à paciente, ainda que a intervenção possa não ter sido a única causa desses danos, mas, que de qualquer forma, contribuiu para o resultado danoso. Apelos providos parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível n. 7063/96, em que são apelantes J.H.C.A.J. e T.S.L.S., apdos: os mesmos.

2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Apelação Cível n. 6999/97

Relator: Des. Antonio Lindberg Montenegro

Ação de indenização – Operação plástica – Obrigação de resultado.

Cirurgia reparadora que ao invés de melhorar a aparência física da paciente lhe causou sérias deformidades. Procedência do pedido para condenar o réu a indenizar o prejuízo causado.

Limitando-se o hospital a ceder apenas dependências para realização da operação, não pode responder pelo dano causado pelo médico, que não é seu empregado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 6999/97, em que são apelantes 1 – Q.R.P.C. e 2 – W.O.E. e apelados 1 – Os mesmos e 2 – C.C.M.D.A.M.L.

CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA - *Obrigação de resultado, respondendo o cirurgião pelos danos patrimoniais e morais resultantes do insucesso da intervenção cirúrgica - Provimento parcial do recurso para julgar procedente a ação.* (Apelação Cível n. 032.132-4 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado - Relator: Aldo Magalhães - 24.06.98 - V.U. - TJSP).

INDENIZAÇÃO - *Na cirurgia plástica embelezadora, é de resultado a obrigação do médico, que só se exime de responder pelos efeitos negativos inerentes ao ato se comprovar que deles deu previamente por escrito ciência ao paciente.* (Embargos Infringentes n. 2.961-4 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado - Relator: Aldo Magalhães - 18.11.98 - V.U. - TJSP).

RESPONSABILIDADE CIVIL - *Médico - Dano estético resultante de cirurgia plástica - Reconhecimento da responsabilidade contratual em razão de inadimplemento, por assumir o cirurgião obrigação de resultado - Admissibilidade - Inicial que, apesar de não distinguir claramente qual a opção do autor no tocante à responsabilidade contratual e delitual, erigiu aquela em causa de pedir - Inocorrência de julgamento "extra petita" - Indenização devida.* (TJSP – RT 632/89).

INDENIZAÇÃO - *Jogador de futebol profissional que submete-se a operação oftalmológica destinada a superar pterígio no olho direito - Submissão do paciente a betaterapia - Leucoma de córnea verificado ao final do tratamento - Obrigação de resultado frustrada por incompetência médica (utilização irregular de raio beta) do que propriamente uso indiscriminado de colírios anestésicos, como acusou a perícia - reparação dos prejuízos necessária - Recurso provido.* (Apelação Cível n. 281.579-1 - Leme - 3ª Câmara de Direito Privado - Relator: Ênio Zuliani - 24.06.97 - M.V. *721/119/23 - TJSP).

DANOS MATERIAIS E MORAIS - *Cirurgia estética mal sucedida - Fundada suposição de imperícia - Obrigação de resultado, de acordo com o estágio de*

desenvolvimento das técnicas cirúrgicas, ou dever do médico de alertar o paciente da probabilidade de resultado negativo - Improvimento da apelação dos réus - Provimento do recurso adesivo da autora. (Apelação Cível n. 17.544-4 - São Paulo - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator: Lino Machado - 07.04.98 - V.U. - TJSP).

MÉDICO - Indenização - Cirurgia plástica - Obrigação de resultado - Imperícia comprovada - Procedência da ação decretada. (TAMG - RT 726/416).

CONCLUSÃO

Durante o desenvolvimento do trabalho concluímos que:

- 1 – A responsabilidade civil do médico pode ser constituída tanto de obrigação de meio como de resultado;
- 2 – A doutrina e a jurisprudência uniformizaram o entendimento de que, via de regra, apenas na especialidade da cirurgia plástica estética a obrigação será de resultado.
- 3 – Todavia, essa classificação não é regra, vez que existem situações nas quais a obrigação desse profissional será de meio. É o que ocorre que a cirurgia plástica for reparadora.
- 4 – Outras especialidade da Ciência Médica que consideraríamos de meio serão de resultado.
- 5 – A determinação se determinada especialidade médica será revestida da obrigação de meio ou de resultado dependerá da análise do caso concreto.
- 6 – O consentimento informado é um meio utilizado pelos médicos de diminuir sua responsabilidade, esquivando-se da responsabilidade objetiva e da obrigação de resultado.
- 7 – Entretanto, já há entendimentos de que o consentimento informado pode perder sua validade probatória, vez que em muitas situações o paciente estaria vendo-se compelido a concordar com as condições impostas pelo médico. Assim, sua invalidade se daria com base na coação psicológica do paciente.
- 8 – Não existem meios de fixar a responsabilidade do médico de forma geral. Nem mesmo em decorrência da especialidade médica. Deverá ser analisada individualmente, de acordo com o caso concreto apresentado.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARBELLI, Rubens de Almeida. **Responsabilidade civil dos médicos – obrigação de meio ou de resultado?** Disponível em: <<http://www.arbelli.adv.br/erro.htm>>. Acesso em: 15 outubro. 2003.

ARRUDA, Michelle Torres. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor em relação ao Risco de Desenvolvimento**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2002.

BLOISE, Walter. **A responsabilidade civil e o dano médico; legislação, jurisprudência, seguros e dano médico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hamurabi: introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

COUTINHO, Léo Meyer. **Responsabilidade ética, civil e penal do médico**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997.

COUTO, Antonio Ferreira Filho e Alex Pereira Souza. **Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. FITA DE VÍDEO.

DESTRI, Célia e José Carlos Moreira Alves. **O dano, suas conseqüências e o ressarcimento. O Código Civil e a medicina. Série: Fórum interdisciplinar Medicina e Direito**. Rio de Janeiro: CEPAD, 1997.

DIAS, Ana Cristina. **Cirurgia refrativa: obrigação de meio ou de resultado?** Disponível em: <<http://www.sbcii.com.br/Revista/ed82art12.htm>>. Acesso em: 15 outubro. 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil – Volume I**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESTUDOS sobre a responsabilidade civil. Belo Horizonte: UFMG, 1977.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FUGIE, Érika Harumi. **Da obrigação do cirurgião plástico: dano derivado da lesão estética e responsabilidade civil**. Maringá: UEM, 2002.

FUKUDA, Érika Yumi. **A responsabilidade civil do cirurgião plástico**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2002.

GOMES, Júlio César Meirelles Gomes, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso de França. **Erro médico**. Montes Claros: Editora Unimontes, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOWAISS, Antônio. **Howaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEAL, Carlos Renato Cotrim. **Aspectos relevante da responsabilidade civil do médico**. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/rescivmed.htm>>. Acesso em: 15 outubro. 2003.

LIMA, Valéria Cristina de. **A responsabilidade civil diante do erro médico**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Instituição Toledo de Ensino, 2001.

LIRA, Ricardo Pereira e Jorge de Miranda Magalhães. **A obrigação contratual dos médicos**. Niterói: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica.

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

NEGRÃO, Simone Barbosa. **O erro médico na cirurgia plástica**. Presidente Prudente: Associação Educacional Toledo, 2000.

NETO, Miguel Kfourri. **Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

O contrato médico. Disponível em: <http://www.guimaraeseassociados.adv.br/artigos_1.htm>. Acesso em: 15 outubro. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RESPONSABILIDADE civil do médico. Disponível em: <<http://planeta.terra.com.br/servicos/cristianodias/tbrespmed.htm>>. Acesso em: 15 outubro. 2003.

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

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2000.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética: legislação positiva aplicável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. FITA DE VÍDEO.

SIDDE, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Lidiane Ferreira. **Responsabilidade civil do médico**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2002.

SIMÕES, Ana Carolina Cedroni. **Responsabilidade civil do médico**. Presidente Prudente: Associação Educacional Toledo, 2000.

SOUZA, Aléxis Garcia. **A responsabilidade civil do cirurgião plástico**. Presidente Prudente: Associação Educacional Toledo, 2000.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcivil0046.htm>>. Acesso em: 15 outubro. 2003.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **A responsabilidade civil do médico na cirurgia meramente estética**. Rio de Janeiro: CEPAD, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. FITA DE VÍDEO.

TELLES, Tatiana Descio. **Da responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2002.

VENOSA, Sívio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002.