

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO
MÉDICO

Aline Letícia Ignácio

Presidente Prudente/SP

2003

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO
MÉDICO

Aline Letícia Ignácio

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^ª. Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos.

Presidente Prudente/SP

2003

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO

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

Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos
Orientadora

Moacir Alves Martins
Examinador

Pedro Anderson da Silva
Examinador

Presidente Prudente, 01 de dezembro de 2003.

*Bendigo o Senhor, que me
aconselha; pois até durante a noite
o meu coração me ensina.*

Salmos 16:7

AGRADECIMENTOS:

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me conduzido até aqui com todo o Seu amor e por me dar toda a sabedoria de que necessitei durante todos esses anos.

Aos meus pais, que me deram todo o apoio necessário, para que eu pudesse concluir mais uma etapa da minha vida com toda a alegria e satisfação.

À minha irmã, que com toda a sua experiência profissional nessa linda profissão jurídica, pôde me ajudar e me aconselhar nos momentos de desespero e ansiedade.

À minha querida orientadora Vera Lúcia, que com todo o seu conhecimento didático e profissional da área pôde auxiliar-me em todas as minhas dúvidas e anseios, com muito carinho e humildade. Obrigada por ter sido muito prestativa comigo quando precisei.

Ao grande amor da minha vida, que com todo o seu carinho, esteve sempre ao meu lado nas horas de angústias e alegrias, dando-me forças e incentivo para que eu pudesse realizar mais um sonho da minha vida!

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo indicar as situações em que se pode enquadrar a responsabilidade civil do médico, por exemplo, nos casos de imperícia do profissional ao fazer um parto-cesariano, uma cirurgia do coração, onde se busca o resultado dessa; caso em que, muitas vezes, não se responsabiliza o profissional por não conhecer o direito e não ser informado do procedimento a ser seguido.

De início, a autora buscou fontes doutrinárias para explicar e especificar a responsabilidade civil. Por conseguinte, utilizou-se de uma estrutura na qual pôde abordar em quais situações há o erro médico e, quando o médico é responsabilizado por seus atos.

O tema da pesquisa está inserido no âmbito de Direito Civil, já que trata de uma relação humana existente entre indivíduos, onde, aquele que causar dano a outrem estará obrigado a indenizar. Assim, discute-se se a responsabilidade do médico é objetiva ou subjetiva.

Finalmente, o presente trabalho procura levar o leitor a formar sua própria opinião a respeito da responsabilidade civil do médico e a sua consequente obrigação de reparar, ou não, o dano causado quando o resultado obtido não é o mesmo desejado pelo paciente.

PALAVRAS-CHAVE:

Culpa – Responsabilidade Civil Médica – Dano – Erro – Paciente

ABSTRACT

The present work has like objective to indicate the situations that can fit in the medical civil responsibility, like, for example, the cases of awkwardness of the professional on make a caesarean childbirth, a heart surgery, were search the result of that; case that, many times, the professional is not responsible for knows the law and not be informed of the procedure to be followed.

Of the beginning, the author looked for doctrines sources to explain and to specify the civil responsibility. Consequently, to made use of a structure in that could to board in wich situations there are the medical fault and, when the doctor is responsible for his acts.

The subject of the research is insert in the Civil Law field, inasmuch as it is a question of a human relation existing between individuals, where, that one that cause damages to somebody else will be obliged to compensate. So, discuss if the medical responsibility is object or subjective.

Finally, the present work search to take the reader to form his own opinion to the respect of the medical civil responsibility and your consequent obligation to repair, or not, the damage caused when the acquired result is not the same desired by the patient.

KEYS-WORDS:

Guilt – Medical civil responsibility – Damage – Fault - Patient

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	
1.1 Conceito.....	12
1.2 Evolução Histórica.....	14
1.2.1 Egito.....	14
1.2.2 Roma.....	14
1.2.3 Grécia.....	16
1.2.4 França.....	16
1.2.5 Itália.....	17
1.2.6 Portugal.....	18
1.2.7 Brasil.....	18
1.2.8 Paralelo da responsabilidade civil.....	19
1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	20
1.3.1 Ação ou omissão.....	21
1.3.2 Culpa ou dolo do agente.....	23
1.3.3 Relação de causalidade.....	24
1.3.4 Dano experimentado pela vítima.....	26
1.4 Tipos.....	27
1.4.1 Contratual.....	27
1.4.2 Extracontratual.....	29
1.4.3 Objetiva.....	30
1.4.4 Subjetiva.....	31
1.5 Excludentes da Responsabilidade Civil.....	32
1.5.1 Culpa exclusiva da vítima.....	32
1.5.2 Fato de terceiro.....	33
1.5.3 Caso fortuito e força maior.....	35
1.5.4 Cláusula de não indenizar.....	36
2. PREVISÃO LEGAL	
2.1 Legislação Ordinária.....	39

2.1.1 Constituição Federal	39
2.1.2 Código Civil.....	40
2.1.3 Código de Processo Civil.....	41
2.1.4 Código Penal.....	42
2.1.5 Código de Processo Penal.....	43
2.2 Leis Esparsas.....	44
2.2.1 Lei de imprensa.....	44
2.2.2 Código do consumidor.....	45
2.2.3 Código de ética médica.....	46
3. DO DANO	
3.1 Causas	48
3.1.1 Imprudência	48
3.1.2 Negligência	50
3.1.3 Imperícia	51
3.2 Reparação.....	52
3.3 Liquidação	53
4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	
4.1 Conceito	56
4.2 Natureza Jurídica	59
4.2.1 Contratual.....	59
4.2.2 Extracontratual.....	61
4.2.3 De meios	62
4.2.4 De resultados.....	64
4.2.5 Subjetiva	67
4.2.6 Objetiva.....	67
5. DO DANO COMO CONSEQÜÊNCIA DA CULPA MÉDICA	
5.1 Caracterização.....	69
5.2 Distinção entre Erro Médico e Erro Profissional.....	71
5.3 Erro de diagnóstico e Erro de Conduta.....	74
5.4 Análise do Erro Médico	76

CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

INTRODUÇÃO

O interesse pelo estudo da responsabilidade civil do médico é muito importante, quando se tem conhecimento de que, atualmente, muitos desses profissionais têm agido de forma negligente, imprudente ou ainda, com imperícia.

A figura do médico sempre foi vista como alguém que não podia ser responsabilizado por qualquer de seus atos, uma vez que, sua função era revestida de caráter religioso, dando-se a Deus tudo o que se referia à saúde e à morte. O médico era visto como um amigo e conselheiro da família, daí porque não se duvidar dos seus serviços prestados.

No entanto, o presente trabalho tem o intuito de mostrar o contrário, isto é, apesar do médico ser considerado, algumas vezes, um amigo da família, isto não o isenta da sua obrigação contratual. Assim, caso ocorra algum erro durante uma cirurgia, seja por imperícia, negligência ou imprudência, é dever desse profissional indenizar a vítima ou a sua família, quando ocorre o evento morte ou lesão grave.

Considerando-se uma obrigação de resultado, ocorrendo o erro, o médico está obrigado a indenizar, caso não atinja o resultado almejado pelo paciente. Porém, analisando ter essa profissão uma obrigação de meio, deve-se provar a sua culpa; assim, se a vítima provar que de alguma forma houve negligência, imprudência ou imperícia, o médico estará obrigado a indenizar.

Ocorre que, mesmo existindo legislação prevendo todo esse direito, muitos não o procuram, seja por receio em chegar ao Poder Judiciário ou por falta de acesso à justiça, considerando sua situação econômico-financeira.

Portanto, o presente estudo possui dois objetivos, quais sejam: demonstrar que no âmbito da responsabilidade civil, existem meios legais para se obter a justiça a que se busca, fazendo com que os médicos respondam civilmente por seus erros e que, as vítimas sejam indenizadas com aquilo a fazem *jus*.

Ainda, tem o intuito de incentivar e auxiliar os interessados a postularem, de forma inequívoca, seus direitos perante o Judiciário, exigindo o ressarcimento de danos materiais e morais decorrentes do erro médico, evitando ser enganadas de alguma forma por esses profissionais e fazer com que a dignidade dessa profissão continue existindo para a sociedade com grande mérito.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito

Não é de grande facilidade definir a expressão “responsabilidade civil”, portanto, faz-se necessário consultar algumas doutrinas bem conceituadas para que se consiga extrair alguns conceitos sobre esse termo.

A doutrina diverge muito em seu posicionamento quando o assunto é definir a responsabilidade civil. Alguns autores embasam-na na culpa, como René Savatier (*apud* Diniz, 2002, p. 34) que a “considera como a obrigação de alguém reparar o dano causado por outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”.

Da mesma forma é o posicionamento de Maria Helena Diniz (2002, p. 34) que diz:

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

O que se observa é que a autora baseia a responsabilidade civil na culpa, que, uma vez provada, obriga o autor do ilícito a reparar o dano, no caso de responsabilidade subjetiva. Em se tratando de responsabilidade objetiva, não é necessário provar a culpa, ficando o autor obrigado a reparar o dano por imposição da lei.

Outros, como Josserand (*apud* Diniz, 2002, p. 34) a vêem sob um aspecto mais amplo:

... não vislumbrando nela uma mera questão de culpabilidade, mas sim de repartição prejuízos causados, equilíbrio de direitos e interesses, de sorte que a responsabilidade, na concepção moderna, comporta dois pólos: o objetivo, onde reina o risco criado, e o subjetivo, onde triunfa a culpa.

Logo, deve-se analisar duas situações, quais sejam: se se tratar de culpa, a responsabilidade é subjetiva, porém, se houver alguma hipótese de risco assumido pelo agente, entra-se no campo da responsabilidade objetiva.

Já para Marton, Silvio Rodrigues, Giorgio Giorgi e Serpa Lopes (*apud* Stoco, 1995, p. 45) “o princípio informador de toda teoria da responsabilidade é aquele que impõe ‘a quem causa o dano o dever de reparar’”.

Na visão de Rui Stoco (1995, p. 45):

... resultado a ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar da responsabilidade daí decorrente.

O que interessa, quando se fala da responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.

Assim, para esse doutrinador, deve-se observar o momento em que se encontrava o agente, seja na forma de violação da norma ou de obrigação, para, então, responsabiliza-lo por seu ato.

Diante disso, encontra-se também a disposição legal descrita no art. 926 do novo Código Civil, sob o título “Da Responsabilidade Civil”, regendo o seguinte: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”. E ainda, segue no seu parágrafo único, que a responsabilidade ocorrerá mesmo nos casos onde independem da culpa e, que sejam especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem.

É a partir desse ponto que entra o assunto em tela. O erro médico é uma atividade que implica em risco para os direitos de outrem e deve ser responsabilizado independentemente de culpa.

1.2 Evolução Histórica

1.2.1 Egito

A primeira noção de que se tem conhecimento na história da civilização acerca do dano e sua reparação, através de um sistema codificado de leis, surgiu na Mesopotâmia, através de Hamurabi, rei da Babilônia (1792-1750 a.C). O princípio geral do Código era: “o forte não prejudicará o fraco” (REIS, 1997, p. 09).

O Código de Hamurabi demonstrava a preocupação de conferir ao lesado uma reparação equivalente ao dano causado. Assim, com normas bastante severas, se o médico não tivesse sucesso em sua intervenção cirúrgica e o paciente viesse a morrer ou a ficar cego, seria aplicado contra o órgão considerado culpado, qual seja, a mão do médico, a pena de Talião, conhecida pela célebre frase “olho por olho, dente por dente”; sem dúvida, uma maneira drástica de evitar outras intervenções desastrosas daquele médico.

A doutrinadora Hildegard Taggesell Giostri (1999, p. 27), explica que, naquela época, os médicos gozavam de alta posição social, e suas funções eram confundidas com as sacerdotais, contudo, deveriam seguir determinadas regras inerentes à profissão. Assim, caso os médicos seguissem essas regras e mesmo assim um paciente viesse a falecer, nada ocorria a eles, justamente pelo fato de desfrutarem elevada posição social e, ainda, serem confundidos com os sacerdotes; ao contrário, se não obedecessem àquelas normas, com certeza sofreriam punições.

1.2.2 Roma

Ainda em Roma, não imperava o direito. Os romanos eram dominados pela idéia de vingança privada.

De acordo com Alvino Lima (2000, p. 26) a responsabilidade do médico era uma “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

Nesse período surgiu a regulamentada pena de Talião, “olho por olho, dente por dente”, determinando que a medida da vingança seria a mesma da injúria sofrida. Portanto, o legislador começava a limitar quando e como a vítima poderia fazer justiça com “suas próprias mãos”.

Logo após, sucede-se o período da composição, isto é, “um legítimo meio alternativo de solução de conflitos, estimulado pelo direito mediante as atividades consistentes na *conciliação*” (GRINOVER et. al., 2000, p. 29). Logo, tentava-se realizar acordos entre o autor do dano e a vítima, “ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa – para que ele reparasse o dano mediante prestação da *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro)” (DINIZ, 2002, p. 10), sendo a quantia fixada a critério de autoridade pública, caso o delito fosse público, ou a critério do lesado, se se tratado da área privada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor.

Percebeu-se ser a composição mais conveniente do que a vingança que vinha sendo seguida, pois a retaliação não cobrava nada, mas sim, ocasionava duplo dano: o da vítima e o do ofensor após a sua punição.

A *Lex Aquilia* foi promulgada no ano 468 a. C., em Roma, com o intuito de clarear a exigência da reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do ofensor suportasse o ônus, ou seja, a obrigação, os encargos da reparação, em razão do valor da *res* (coisa, objeto, o bem a ser indenizado), modelando a noção de culpa como fundamento da responsabilidade. Assim, o agente só seria responsável por alguma conduta se ficasse provada a sua culpa.

Essa lei introduziu o *damnum iniuria datum*, isto é, prejuízo causado a bem alheio que ocasionava o empobrecimento da vítima sem o enriquecimento do agente. Porém, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o desgaste físico e material da coisa. Assim, o Estado, aplicando a Lei Aquília, começava a intervir, nas lides privadas, fixando o valor do prejuízo e fazendo com que a vítima aceitasse a composição e renunciasse a vingança.

Na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa *stricto sensu*, ou seja, em sentido estrito (analisando a culpa), distinguiu-se a responsabilidade civil da penal. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal.

1.2.3 Grécia

Foi na Grécia antiga, no século V a. C., que se começou a ter noções de uma medicina não apenas empírica, mas permeada de elementos racionais e científicos, sem no entanto fugir à arte de curar, tão bem sintetizada no famoso juramento.

Pela primeira vez, na história da civilização, falou-se em democracia. A noção de reparação de dano era pecuniária, conforme as normas estatais.

No entendimento de Veit Valentim (*apud* Reis, 1997, p. 16):

...a proteção jurídica e a autonomia administrativa eram comuns a todos e nisto consistia a grande novidade. Não existia um sentimento de responsabilidade social, como não existia a colaboração de classes agrárias inferiores no desenvolvimento cultural e político.

Com as mesmas regras adotadas no Egito, ainda na Grécia chegou-se a admitir a culpa médica, desde que preenchidos dois requisitos: a morte do paciente e as desobediências às prescrições geralmente conhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária.

O progresso da ciência se expandiu e fez com que os médicos não se limitassem a aprofundar seus estudos apenas na anatomia e fenômenos patológicos, mas que ampliassem seus conhecimentos na área das letras e filosofia, embasando de maneira mais racional e adequada a atividade de diagnóstico e cura.

1.2.4 França

Os franceses aprimoraram as idéias românicas estabelecendo um princípio geral da responsabilidade civil. Através dele, a vítima era protegida contra danos que não causassem prejuízo material. A reparação, para os franceses, independia da gravidade da culpa.

Aos poucos, apareceram certos princípios que influenciaram de maneira sensível outros povos. É o que se encontrava na reparação sempre que houvesse culpa, fosse ela

leve ou não, separando a responsabilidade civil da penal; a existência de uma culpa contratual e que não se ligava nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência.

Com o surto do progresso industrial e a multiplicação de danos, ampliou-se a indenização de danos sem existência de culpa, baseando-se a reparação não só de forma subjetiva, mas também, no risco, passando a ser objetiva.

Como preleciona Miguel Kfoury Neto (1998, p. 40):

Atualmente, é plena a reparabilidade do médico, entre os franceses. Em Paris, os médicos convidam juízes para assistirem grandes cirurgias abdominais, a fim de que os julgadores possam vivenciar a atividade médico-cirúrgica, em todas as suas nuances materiais e psíquicas.

Logo, na França, atualmente, é totalmente possível a reparação do dano ao paciente, visto que, hoje, os próprios julgadores podem vivenciar as atividades cirúrgicas com o objetivo de julgar de forma mais concreta e real as ações que são propostas.

1.2.5 Itália

Na Itália, a culpa foi igualmente apresentada como fundamento da responsabilidade civil. Assim é o que se pode depreender do artigo 2.043 do Código Italiano¹.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (1995, p. 06), “na legislação civil italiana encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova”.

Portanto, o agente só ficará isento de ressarcir o prejuízo, se demonstrar que utilizou de todos os meios idôneos para que se pudesse evitar o dano.

¹ **Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito** – Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

1.2.6 Portugal

O que se tem conhecimento sobre responsabilidade civil no direito português, é que se iniciou com a invasão dos visigodos, originando a primitiva legislação portuguesa.

No entanto, em nenhum momento, os visigodos conseguiram diferenciar a responsabilidade civil da penal. No direito consuetudinário, utilizou-se a reparação pecuniária, porém, usou-se a composição como satisfação de custas e, admitiu-se as penas corporais.

A reparação de danos era influenciada pela diferença entre as classes sociais. Porém, no século XII, algumas iniquidades diminuíram, com o aperfeiçoamento das instituições municipais.

Com as Ordenações do Reino acabou-se a confusão que existia entre a reparação, a pena e a multa. E esse era o direito vigente no Brasil Colonial.

1.2.7 Brasil

A primeira fase da responsabilidade civil no Brasil ocorreu com as Ordenações do Reino, onde o direito romano era aplicado de maneira subsidiária, por se entender que era um direito fundado na boa razão.

Com a Independência (1822), promulgou-se a Constituição Política do Império do Brasil (1824), cujo artigo 179, XVIII, determinava que fossem organizados “quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade” (TELLES, 2002, p. 22).

Sucessivamente, em 1830, foi promulgado o Código Criminal, trazendo o instituto da satisfação, uma concepção de ressarcimento. A partir daí, deu-se início à fase das Consolidações.

A Consolidação de Teixeira de Freitas (1855), não concordando com que a responsabilidade civil ficasse ligada à criminal, trouxe a independência entre ambas. Ademais, fundamentou-se no conceito de culpa, desenvolvendo a teoria da responsabilidade indireta, sendo admitida a presunção de culpa no dano causado por coisas

inanimadas; e, no mesmo período, desenvolveu-se o princípio da responsabilidade dos funcionários públicos.

O Código Civil de 1916 nasceu sob influência do Código Criminal de 1830, das Consolidações e do Código Civil Francês. Nele, consagrou-se a teoria da culpa (art. 159), embora se estabelecessem casos específicos da responsabilidade sem culpa.

O atual código (2002), no Título IX, prevê um capítulo especial sobre a obrigação de indenizar (Capítulo I), e é no seu art. 927, parágrafo único, que se encontra tal exigência.

1.2.8 Paralelo da responsabilidade civil

Como se pode perceber, a evolução da responsabilidade civil foi muito grande em cada país apresentado; assim como no Egito houve o Código de Hamurabi que se preocupava em conferir ao lesado uma reparação equivalente ao dano causado, sucedeu-se em Roma a pena de Talião sendo seguida posteriormente pela *Lex Aquilia*.

Da mesma forma, na Grécia começaram as primeiras noções de uma medicina não apenas baseada em experiências, mas completa de elementos racionais e científicos, sem fugir, contudo, da arte de curar. Logo, o que era feito baseado apenas em experiência começou a ser analisado de maneira racional e científica, para que, posteriormente, pudesse haver alguma responsabilidade médica.

Na França, aprimorando as idéias românicas, estabeleceu-se um princípio geral da responsabilidade civil; assim, a vítima era protegida de danos que não causassem prejuízo material. Para os franceses, a reparação independia de culpa. Em seguida, apareceram outros princípios que influenciaram outros povos, como por exemplo, a reparação sempre que houvesse culpa, fosse ela leve ou não, distinguindo a responsabilidade civil da penal.

Com o surto industrial francês e a multiplicação de danos, aumentou-se o número de indenizações sem a existência de culpa, baseando-se não só de forma subjetiva, mas também, no risco, configurando a responsabilidade objetiva.

Na Itália, conforme já mencionado, a culpa também é apresentada como fundamento da responsabilidade civil; logo, o agente só ficará isento de ressarcir o prejuízo se conseguir provar que se utilizou de todos os meios idôneos para que pudesse evitar o prejuízo.

Em Portugal tem-se conhecimento de que a responsabilidade civil começou com a invasão dos visigodos, originando a legislação portuguesa, porém, esse povo não conseguiu distinguir a responsabilidade civil da penal. Utilizou-se a reparação pecuniária como forma de indenização do dano e, ainda, a composição, como satisfação de custas e as penas corporais.

Com as Ordenações do Reino a confusão existente entre reparação, pena e multa foi extinguindo-se, podendo-se, então, discernir uma da outra. E esse era o direito vigente no Brasil Colonial.

No último país citado, o Brasil, promulgaram-se várias leis, iniciando a responsabilidade civil com as Ordenações do Reino, passando-se pela Constituição Política do Império do Brasil em 1822; e um século depois, em 1916, nasceu sob a influência do Código Criminal de 1830, das Consolidações e do Código Civil Francês, o Código Civil, onde se consagrou a teoria da culpa (art.159), embora tenha se estabelecido casos específicos de responsabilidade sem culpa.

Atualmente, com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), há um capítulo especial sobre a obrigação de indenizar (Capítulo I), e é no seu art. 927 e parágrafo único que se encontra tal exigência.

1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Difícil é a caracterização dos pressupostos imprescindíveis à configuração da responsabilidade civil, ante a enorme imprecisão doutrinária a respeito. Como exemplo da disparidade das conclusões dos juristas, tem-se Marty e Raynaud (Raynaud et. al. *apud* Diniz, 2002, p. 35) que apontam o “fato danoso”, o “prejuízo” e o “liame entre eles” como “estrutura comum” da responsabilidade; Savatier (*apud* Diniz, 2002, p. 35) apresenta a culpa e a imputabilidade como seus pressupostos e, Trabucchi (*apud* Diniz, 2002, p. 35) exige o fato danoso, o dano e a antijuridicidade ou culpabilidade.

No entanto, melhor é considerar como pressupostos da responsabilidade civil aqueles extraídos do art. 186 do Código Civil (Lei 10.406/02), que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Esse ato ilícito citado no art. 186 do Código Civil vem tipificado adiante no *caput* do art. 927 e parágrafo único, pregando o dever de indenizar àquele que o pratica causando dano a outrem.

1.3.1 Ação ou omissão

Quando a lei trata do dever de reparação, refere-se a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A norma jurídica é violada através de *facere* (ação) ou de *non facere* (omissão), desde que a ação ou omissão atinja um bem juridicamente tutelado.

A ação vem a ser a atitude positiva (fazer algo) do agente, causando dano ou lesão à vítima, podendo esse ser responsabilizado, desde que fique provada a culpa na conduta danosa.

A ação pode-se caracterizar pela imprudência ou pela imperícia. Ocorre a imprudência quando o motorista de um veículo, por exemplo, dirige o carro em alta velocidade confiando somente nas suas habilidades de direção, isto é, o motorista não está agindo prudentemente, com sensatez e sabedoria, pois, corre sério risco de atropelar um transeunte que esteja passando no local no momento.

A imperícia, no entanto, ocorre, por exemplo, quando um estudante de medicina do 3º ano realiza uma cirurgia cardíaca, não tendo conhecimento técnico algum do assunto; nesse caso, o estudante ainda não é um perito, um *expert* em cirurgias, por isso, pratica o ato de imperícia, ou seja, o agente pratica um ato mesmo sabendo que não possui conhecimento técnico do assunto.

Já a omissão seria a atitude negativa (deixar de fazer) do agente que, do mesmo modo prejudica outrem, tendo o dever de reparar o dano, caso seja também provada a culpa. Aqui, caracterizada está a negligência. Exemplo disso é quando um médico,

passando por um local onde acabou de acontecer um acidente de veículos envolvendo vítimas, deixa de atendê-las pelo fato de estar com pressa para chegar ao hospital.

A indenização deriva de ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou omitindo-se, infringe dever contratual, legal ou social, de acordo com os exemplos citados anteriormente, seja por imprudência, negligência ou imperícia. A responsabilidade pode resultar de fato próprio, comissivo (ou seja, a ação positiva do agente) ou omissivo (deixar de fazer algo) ou, quando por algum motivo, o agente deixa de tomar determinada atitude que deveria tomar, como o exemplo citado do médico que deixa de atender vítimas de acidente de veículos por alegar pressa para chegar ao hospital.

Exemplo de omissão nos traz Carlos Roberto Gonçalves (1995, p. 31):

...O motorista que atropela alguém pode ser responsabilizado por omissão de socorro, se esta é a causa da morte, ainda que a culpa pelo evento caiba exclusivamente à vítima, porque tem o dever legal de socorrê-la. A responsabilidade civil por omissão, entretanto, ocorre com maior frequência no campo contratual.

Para que haja a responsabilidade civil por omissão, é necessário que haja um dever jurídico de praticar algo. Conforme Damásio E. de Jesus (1998, p. 372), “... há diferença entre dever legal e dever jurídico. Este é o gênero; aquele, espécie. O CP fala em dever legal”. Assim, deve-se demonstrar que com a prática do dever legal, o dano poderia ser evitado. Quanto ao dever jurídico de agir, pode ocorrer por imposição de lei ou por convenção e até em alguma situação extraordinária de perigo. Logo, o dever jurídico pode surgir de uma lei, de um contrato ou uma norma que regulamente alguns deveres ao sujeito.

Exemplo típico de omissão é quando o médico, após ter examinado o paciente, observa que esse está muito doente, necessitando de remédio, mas, resolve esperar um tempo para ver se os sintomas desaparecem, por achar que medicamentos, nesse exato momento, só abalariam mais seu organismo. Porém, devido ao fato de não ter sido medicado, a saúde de seu paciente piora e este vem a falecer. Disso decorre a responsabilidade civil do médico, pois, por não ter medicado seu paciente em tempo oportuno, a situação desse agravou-se vindo a óbito. Logo, fica clara a responsabilidade do médico pela sua atitude negligente.

A ação é um dos fatores geradores de responsabilidade, podendo ser uma ação lícita, isto é, de acordo com a lei, com as normas jurídicas, ou ação ilícita: aquela que emana direta ou indiretamente da vontade e ocasiona efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento jurídico. A ação decorrente de ato ilícito baseia-se na culpa; já a ação sem culpa, relaciona-se com o risco, que vem tendo uma grande aplicação atualmente, pois tem-se dado muita importância à responsabilidade objetiva, que não precisa do pressuposto *culpa* para se exigir indenização, justamente, pela insuficiência de se provar a culpa em todos os danos.

A comissão, ou seja, uma ação positiva, está ligada a um ato que não se deva praticar, como por exemplo, ao dirigir um veículo acima da velocidade permitida, o agente é obrigado a pagar uma multa de acordo com o Código de Trânsito Brasileiro e, a omissão, conforme dito anteriormente, está no fato de deixar de fazer algo que deveria ser realizado, como o exemplo dado do médico que não socorre vítimas de acidente de veículos, alegando estar com pressa para chegar ao hospital.

1.3.2 Culpa ou dolo do agente

A culpa ou dolo do agente é o segundo pressuposto ou elemento que caracteriza a responsabilidade para que seja devida a reparação do dano, isto é, mister se faz mostrar a culpa ou dolo do agente que causou o prejuízo para que a vítima seja indenizada.

Para que haja dolo, deve existir a vontade do agente em querer realizar o dano. Ele deseja causa-lo e, com seu comportamento, realmente ocorre o dano. Já na culpa, não há a vontade, o desejo do agente em querer causar o dano, mas sim, por algum ato de imprudência, negligência ou imperícia, aquele vem a ocorrer.

De acordo com Carlos de Carvalho (*apud* Rodrigues, 2000, p. 16):

Em rigor, na idéia de negligência se inclui a de imprudência, bem como a de imperícia, pois aquele que age com imprudência, negligência em tomar as medidas de precaução aconselhadas para a situação em foco; como também, a pessoa que se propõe a realizar uma tarefa que requer conhecimentos especializados ou alguma habilitação e a executa sem ter aqueles ou esta, obviamente negligenciou em obedecer às regras de sua profissão e arte; todos agiram culposamente.

Portanto, se um médico age de forma negligente, imprudente ou com imperícia, ele está agindo culposamente, pois tem conhecimento de que deve estar totalmente habilitado para atuar em sua profissão.

Ocorre que, ordinariamente, para que a vítima seja ressarcida de um dano ocasionado por outrem, cabe a ela provar a culpa do agente, conforme preceitua o art. 64, CPP², fato este, que muitas vezes se torna tão difícil, que a pretensão de ser indenizada, se torna inatingível. Logo, pela dificuldade que se tem de intentar uma ação de reparação, seja por insuficiência de provas, seja por falta de conhecimento do direito, a vítima geralmente deixa de pleitear o que é seu de direito.

É realmente árduo o trabalho da vítima em provar a culpa. Como exemplo, pode-se citar, num caso de atropelamento, a dificuldade do filho ou da esposa provarem que o motorista dirigia imprudentemente e que, por esse motivo, veio a atropelar o seu pai/esposo.

É por fatos assim, que muitos autores chegam ao consenso de dizer que exigir a prova da culpa do agente pela vítima, é a mesma coisa que não ressarcir-la, por ser uma tarefa de grande dificuldade.

No novo Código Civil (Lei 10.406/02), a regra básica da responsabilidade civil, implica na existência do elemento *culpa*, contudo, há hipóteses em que, o legislador recepciona a responsabilidade sem culpa, isto é, a responsabilidade objetiva, formada pela idéia de risco, ou de culpa presumida; assim, independentemente de ter ocorrido a culpa do agente em determinado ato, como exemplo, estacionar seu veículo em local proibido, há a responsabilidade objetiva de pagar a multa. Da mesma forma o médico que não pede os exames necessários ao seu paciente enfermo, corre o risco da doença agravar-se e esse vir a falecer. Nessa hipótese, não há culpa do médico, porém, ele correu o risco que já lhe era sabido, devendo ser responsabilizado objetivamente.

1.3.3 Relação de causalidade

Para que haja a obrigação de indenizar, deve estar provada a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e a ação ou omissão do agente. Se há um dano,

² “Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil”.

mas não se consegue provar que esse está intimamente ligado à conduta do agente, não se pode exigir indenização.

É de suma importância estudar com mais profundidade, as excludentes da responsabilidade civil, o que não vem a ser *a priori* neste presente trabalho, contudo, convém citar em quais hipóteses fica o agente isento de responsabilidade, quais sejam: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

Logo, ocorrendo alguma das hipóteses de excludente acima mencionadas, não haverá a responsabilidade civil do agente causador do dano, pois nesse momento estava amparado por uma das excludentes, isto é, o agente praticou um ato ilícito, porém, lhe é excluída essa ilicitude a fim de não ser responsabilizado civilmente ou penalmente. Então, para que haja a responsabilidade deve ter um nexos causal entre a conduta do agente e o dano, deve haver uma ligação entre ambos e, ainda, que o agente não esteja amparado por uma das excludentes.

Assim, se a vítima de um atropelamento encontra-se em estado de embriaguez total, e tenta atravessar uma rua, sendo atingida por um automóvel, se ficar provada a culpa exclusiva dessa, não terá o agente, nenhuma obrigação de indenizar aqueles que experimentaram dano pela morte de um imprudente pedestre; pois, nesse caso, faltou a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano da vítima.

Da mesma forma, ocorre em casos de força maior, isto é, decorrente de atos humanos, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades, e caso fortuito, ou seja, proveniente de forças da natureza, como terremotos, inundação, incêndio não provocado. Se a ruína de um prédio despenca sobre outro inferior, não será devida indenização se ficar provado que o fato ocorreu por motivo de terremoto no local. Assim, devido ao caso fortuito (terremoto), não há que se pleitear indenização pela perda do prédio inferior, pois, terremotos acontecem independentemente da vontade de alguém, e ainda, no exemplo dado, ocorreu a perda de dois prédios, sem existir culpa de qualquer pessoa.

1.3.4 Dano experimentado pela vítima

De fato, não se deve falar em responsabilidade, se não há nenhum prejuízo à vítima. Para que o agente causador do dano seja obrigado a indenizar e possa ser totalmente responsável por seu comportamento, é necessário provar o dano experimentado pela vítima como, por exemplo, demonstrando a relação de prejuízos materiais e/ou morais, apresentando os lucros cessantes ou danos emergentes que a vítima percebeu.

Lucros cessantes significam aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo *razoavelmente* mostra que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro. Logo, num acidente de veículo onde esse era o meio de trabalho da vítima, por exemplo, um táxi, deve ser calculado quanto seu proprietário deixou de ganhar com os dias em que não pôde utilizá-lo.

É nesse sentido que explica Sérgio Cavalieri Filho (2000, p. 112):

Não é fácil, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade, de um juízo causal hipotético, que, segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.

Assim, o critério de lucro cessante deve basear-se em probabilidade objetiva. Nesse sentido, o art. 403, CC é expresso ao estabelecer que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato.

Já os danos emergentes traduzem uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima, isto é, *aquilo que efetivamente perdeu*. Geralmente, é o dano mais facilmente avaliável, pois depende exclusivamente de dados concretos. Dessa forma, numa colisão de veículos, o dano emergente será o custo para repor a coisa no estado anterior, isto é, o custo do conserto do veículo, para que esse volte a ser como o era antes da colisão, ou ainda, será o valor do veículo, se a perda for total.

Portanto, havendo violação de um dever jurídico, existindo culpa ou dolo do agente, mas não se demonstrando o dano da vítima, nenhuma indenização será devida. A

inexistência de dano impede a pretensão de uma reparação que, nesse caso, seria considerada sem objeto.

1.4 Tipos

Quanto ao tipo, a responsabilidade civil divide-se em contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva. A responsabilidade contratual está ligada a um contrato realizado entre as partes; a extracontratual não depende de contrato, uma vez que pode ocorrer independentemente das partes terem compactuado algo anterior ao dano.

Já a responsabilidade objetiva diz respeito ao risco, isto é, não depende de culpa para que o agente possa ser responsabilizado pelo dano, basta ter corrido o risco de causar o dano; diferentemente, a responsabilidade subjetiva exige o pressuposto *culpa* para que haja a responsabilidade civil em face do agente causador do dano.

1.4.1 Contratual

A grande questão a respeito desse tema é saber se o dano resultou de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico.

Na responsabilidade contratual, antes mesmo de surgir a obrigação de indenizar existe um vínculo jurídico derivado de convenção entre os contratantes. Assim, caso ocorra a inadimplência de uma das partes ao que estava estipulado no contrato, a responsabilidade será contratual, por derivar de um contrato previamente celebrado entre elas.

Tem-se como exemplo um advogado que, recebendo a procuração de seu cliente para atuar em determinada causa, não o faz, não interpondo o pedido no prazo correto. Devido a essa desídia, o cliente perde a causa ficando sucumbente na ação (parte vencida na ação), devendo ressarcir a parte vencedora de todas as custas e despesas processuais.

Nesse caso, houve um inadimplemento contratual por parte do advogado, pois não cumpriu o que foi acordado entre ele e o cliente, podendo esse, exigir o ressarcimento de tudo o que teve que pagar no processo.

Em matéria de prova ao descumprimento contratual, para efeitos de responsabilidade civil, ressalta o doutrinador Silvio Rodrigues (2000, p. 10):

... demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *onus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá que evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou outra excludente de responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar.

Caberá ao autor da ação provar o descumprimento do contrato, a sua existência, o inadimplemento e o dano, com a relação de causalidade, estando o réu sujeito a demonstrar que o descumprimento ocorreu devido a uma das hipóteses das excludentes de responsabilidade, evidenciando a inexistência de sua culpa.

É nesse sentido que dispõe o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Procede ação de indenização contra estabelecimento hospitalar por erro profissional de membro de sua equipe médica. Sendo o médico considerado preposto, no exercício de sua profissão, há configuração de culpa presumida do empregador. Assim, existe culpa contratual configurada no caso de o estabelecimento hospitalar que mantém contrato de seguro de saúde não ter médicos de plantão em determinados horários, substituídos por estagiários (TJRJ – 8ª. C – Ap. – Rel. Dourado de Gusmão – j. 22.12.81 – RT 559/193).

Desse modo, se num estabelecimento hospitalar onde há contrato de seguro de saúde, não tiver médicos plantonistas em determinados horários, deixando apenas estagiários para atender os pacientes, sem dúvida alguma, conforme jurisprudência acima, existirá o dever de indenizar por inadimplência contratual, pois, de fato, por mais que tenha vastos conhecimentos, um estagiário não possui a mesma experiência profissional do médico.

Logo, se o paciente é conveniado a algum seguro de saúde, com direito a ser examinado por um profissional da área, caso isso não ocorra, poderá pleitear indenização pelo inadimplemento do contrato.

Ainda, sob o mesmo entendimento dispõe a jurisprudência:

A entidade hospitalar, como fornecedora de serviços, responde, independentemente de culpa, pela reparação de danos causados à família de paciente internado que veio a falecer em decorrência de infecção hospitalar, eximindo-se desta responsabilidade somente se conseguir provar a inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do art. 14, *caput* e § 3º, I e II, da Lei 8.078/90 (1º TACSP – 11ª C. – Ap. – Rel. Antônio Marson – j. 16.02.1998 – RT 755/269).

Logo, conforme entendimento jurisprudencial, se ficar evidenciada culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior, não haverá indenização por parte do agente causador do dano.

1.4.2 Extracontratual

A responsabilidade extracontratual, ao contrário da contratual, não deriva de um contrato. Não há um liame jurídico entre as partes, até que o ato do agente ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.

Por exemplo, um motorista atropela um transeunte e, este vem a perder um braço. O motorista fica obrigado a reparar o dano e sua responsabilidade não é contratual, pois, não havia nenhum vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas a uma relação obrigacional ou contratual.

Da mesma forma, o médico, que tem o dever de prestar assistência, portanto, estando frente a frente com um ferido em via pública, deverá prestar toda a assistência e auxílio. Embora não haja nenhum contrato entre eles, o profissional será responsável por qualquer dano causado à vítima, se se provar que ele agiu como imprudência, negligência ou imperícia.

A responsabilidade extracontratual surge da lesão de um direito subjetivo, sem que exista uma relação jurídica contratual entre as partes.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr. (1995, p. 80):

... na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus. Na prática, isso só tem significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meio.

Logo, quanto à prova, caberá ao autor da ação provar a existência da imprudência, negligência ou imperícia do agente causador do dano. Assim, se a culpa não for demonstrada, o réu não será responsável pela indenização.

1.4.3 Objetiva

A responsabilidade objetiva está ligada ao risco. A referência de culpa ou dolo do agente não tem muita relevância, pois, quer ele tenha agido dolosa ou culposamente, haverá o dever de indenizar.

As presunções de culpa apareceram e os tribunais perceberam que sua noção estrita inviabilizava o ressarcimento de muitos prejuízos. Assim, ampliou-se o conceito de culpa, ganhando espaço a responsabilidade sem culpa.

Nesse sentido preleciona o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Indenização – Instituição hospitalar, *Legitimatío ad causam* – *Responsabilidade objetiva* – Denúnciação da lide – A entidade mantenedora do hospital e que tem legitimidade jurídica para responder a ação de indenização aforada contra o nosocômio – A saúde e a execução de seus serviços é dever do Estado e direito do cidadão. Portanto, aplica-se, a regra da responsabilidade objetiva, quando o atendimento *médico* é prestado em hospital integrante da rede do SUS – Deve ser deferida a denúnciação da lide ao *médico* que ministrou o atendimento, na qualidade de agente público, no interior do hospital/réu, em obediência ao princípio da economia processual, pois, provada a culpa ou dolo do profissional, o prestador de serviço público dispõe de ação regressiva contra ele, consoante o art. 37, § 6º, parte final, da CF (*TAMG* – Processo; 237623-4/00 – Descrição: Agravo de Instrumento (CV) – Origem: Belo Horizonte – 2ª Câmara Cível – Rel. Juiz Almeida Melo – 12-8-97 – Decisão: unânime – VENOSA, 2001, p. 565).

Conforme Silvio de Salvo Venosa (2001, p. 501), existem cinco tipos de risco, O primeiro, chamado de risco-proveito, é aquele em que alguém que com sua atividade causa prejuízo a outrem é obrigado a reparar. É chamado de proveito, porque a vítima não se onera a provar nada mais além do fato danoso e do nexó de causalidade.

Há ainda, o risco-profissional, onde a indenização decorre de uma atividade laborativa, por exemplo, nos acidentes de trabalho. O risco-excepcional é aquele onde o dever de indenizar decorre de uma atividade que acarreta risco excepcional, como, o transporte de explosivos.

No risco-criado, o agente indeniza quando sua atividade ou profissão cria um perigo. Por último, no risco-integral, há o dever de indenizar até quando não existe o nexó de causalidade. Esse dever está presente tão somente na existência do dano. Esse tipo de risco é uma modalidade extremada.

1.4.4 Subjetiva

Na responsabilidade subjetiva, ao contrário da objetiva, há a existência de culpa. Assim, a responsabilidade do agente só se configura quando há a presença da culpa ou dolo; portanto, fala-se em culpa *lato sensu*, no seu sentido amplo, abrangendo a culpa e o dolo e, não apenas aquela.

Portanto, a prova da culpa do agente é indispensável para que surja o dever de indenizar o dano. É de extrema importância observar o comportamento do sujeito. Não havendo culpa, não existirá o dever de indenizar.

Baseada nessa teoria, a vítima só será indenizada de algum ato danoso, se provar a culpa ou dolo do agente.

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

Assim é o que dispõe o julgado:

Indenização – Responsabilidade civil – Ação improcedente – Apelo que resultou a perda da visão e diminuição de sua capacidade laborativa por culpa dos co-réus – Alegação de que a perícia deixou de analisar cientificamente as provas e que não recebeu os cuidados apropriados no pós-operatório, motivos pelos quais pede pela reforma da sentença – Procedimento *médico* com baixíssimo percentual de risco – Caso de *responsabilidade civil subjetiva* por depender da presença simultânea e comprovada não só do dano, da culpa ou dolo do ofensor, o nexo causal entre o prejuízo e a conduta culposa ou dolosa daquele que se pretender responsabilizar – Sem a presença conjunta de tais elementos, é impossível responsabilizar-se a quem que seja – Comprovação da culpa pelo evento danoso é incumbência exclusiva da vítima – Art. 333, I, do Código de Processo Civil – Recurso não provido (TJSP – Apelação Cível 8.217-4 – Santo André – 9ª Câmara de Direito Privado – Rel. Brenno Marcondes – 3-3-98 – RT 458/354).

Portanto, para alegar a responsabilidade subjetiva do causador do dano, deve-se ter como prova, todos os elementos em conjunto, quais sejam: o dano, a culpa ou dolo do

ofensor, o nexo causal entre o prejuízo e a conduta culposa ou dolosa daquele que se pretende responsabilizar.

1.5 Excludentes da Responsabilidade Civil

Quando a questão discutida diz respeito à responsabilidade subjetiva, o médico pode eximir-se do dever de indenizar desde que demonstre ausência de culpa ou ruptura do nexo de causalidade.

No entanto, em se tratando de responsabilidade objetiva, afasta-se a obrigação indenizatória quando provada a interrupção do nexo causal. Impedem que se concretize o nexo causal: a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar.

1.5.1 Culpa exclusiva da vítima

Quando ocorre a culpa exclusiva da vítima desaparece o nexo de causalidade e o efeito entre o dano e seu causador.

A hipótese não consta expressamente do Código Civil, mas a doutrina e a jurisprudência, em consonância com a legislação extravagante, consolidaram essa excludente de responsabilidade.

De acordo com Lorenzetti (*apud* Lima Neto, 2002, p. 36):

... Em primeiro lugar, o comportamento da vítima há de ser adequado à produção do resultado danoso. Coexistem, a princípio, a atividade do médico e as ações do paciente. Ambos, por óbvio, almejam a cura. No momento em que o enfermo adota procedimentos que agravam seu estado de saúde – ou impedem o pleno restabelecimento – interrompe-se o nexo causal que ligaria tais consequências à conduta do profissional da medicina. A extensão dessa participação culposa, muitas vezes, é de difícil identificação.

Assim, se o médico agiu de maneira prudente, dentro dos parâmetros da medicina, e ao contrário, a vítima colaborou exclusivamente para que o dano ocorresse, o nexo causal entre esse e o profissional e o seu efeito rompem-se, logo, a culpa é totalmente exclusiva

da vítima, embora, como diz Lorenzetti, “a extensão dessa participação culposa, muitas vezes, é de difícil identificação”.

Pode-se citar como exemplo o caso em que o médico prescreve alguns medicamentos ao seu paciente, que sofre de pneumonia. No entanto, esse, muito desiludido da vida, nega-se a tomar qualquer tipo de medicamento, dizendo que vai esperar pela morte. Portanto, constatando-se que o médico agiu prudentemente, prescrevendo todos os medicamentos necessários e, ainda, explicou o tratamento a ser seguido, não resta qualquer ônus ao profissional em indenizar a vítima, devido a essa culpa exclusiva sobre o evento danoso que poderia advir de seu ato.

Na ocorrência de culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, na medida da intensidade da culpa. Diferentemente, na culpa exclusiva da vítima, a indenização não é partilhada com o profissional da área, uma vez o dano ter ocorrido exclusivamente por culpa da vítima, logo, caberá tão somente a essa a reparação do dano para si mesma e, caso haja prejuízo ao profissional, será responsável também em indenizar.

1.5.2 Fato de terceiro

Abordando o fato de terceiro como excludente da responsabilidade civil, o problema é saber se o fato de terceiro pode exonerar o causador do dano do dever de indenizar. Tem-se que entender por terceiro, nessa premissa, alguém mais além da vítima e do causador do dano. Na relação contratual, a conceituação é mais fácil, pois trata-se de alguém que não participou do negócio jurídico. Já na responsabilidade extracontratual, terceiro, é em síntese, alguém que ocasiona o dano com sua conduta, insentando a responsabilidade do agente indigitado pela vítima.

Ocorre que, o assunto em si, é de difícil aceitação na jurisprudência e, às vezes, pelos juízes de primeira instância; assim, na maioria dos casos, os magistrados decidem por eqüidade, embora não o digam.

A dirimente por fato de terceiro não vem explicitada na lei ordinária, embora o faça de maneira indireta os arts. 929³ e 930⁴ do Novo Código Civil (Lei 10.406/02), cabendo ao autor do dano ação regressiva se o perigo ocorrer por culpa de terceiro ou a própria vítima pode intentar diretamente contra o terceiro.

Esses artigos não se referem expressamente à culpa exclusiva de terceiro, mas, indiretamente, admitem a possibilidade de reconhecimento de culpa e responsabilidade do terceiro.

A dificuldade prática é que nem sempre esse terceiro pode ser identificado pela vítima.

O fato de terceiro somente exclui o dever de indenizar quando realmente constituir-se em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal. Cabe ao agente defender-se, provando que o fato era inevitável e imprevisível.

Exemplo disso é quando o motorista sobe na calçada e atropela o pedestre alegando que foi obrigado a fazê-lo por uma manobra brusca de outro veículo, cujo condutor se evadiu.

Assim, o agente apenas se livrará da indenização se provar que dirigia com todas as cautelas possíveis e que a manobra do terceiro era totalmente imprevisível. O fato de terceiro deve equivaler à força maior. A tendência da jurisprudência é admitir apenas excepcionalmente o fato de terceiro como excludente de culpa.

Os tribunais, com poucas exceções, não têm admitido a excludente. É o que se depreende do julgado do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “O fato de terceiro não desobriga o causador do prejuízo da obrigação de reparar o dano, cabendo-lhe, quando, muito, o direito de regresso, como deflui do disposto no art. 1520 do CC (Rel. Bruno Neto, 2ª Câ., JTACSP 109/226)”.

Logo, constata-se a rigidez dos tribunais em relação à matéria, uma vez não admitir como dirimente, com raríssimas exceções, a culpa por fato de terceiro.

Convém ressaltar que, em questão processual, o direito de regresso contra terceiro pode ser efetivado no mesmo processo por meio da denúncia da lide (art. 70, III, CPC),

³ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

⁴ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

embora nem sempre a jurisprudência a admita, mormente quando o ingresso do terceiro amplia o âmbito da causa de pedir, dificultando e retardando o julgamento da ação principal. Ainda que não denunciada a lide ao terceiro responsável, sempre será possível a ação autônoma de regresso.

1.5.3 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito decorre de forças da natureza, tais como a inundação, o incêndio não provocado.

A força maior decorre de atos humanos, tais como guerras, greves, revoluções. Ambas as figuras equivalem-se para afastar o nexa causal.

O conceito de ordem objetiva gira sempre em torno da imprevisibilidade ou inevitabilidade, aliado à ausência de culpa. Para Caio Mário (*apud* Stoco, 2001, p. 121) “a imprevisibilidade não é requisito necessário porque muitas vezes o evento, ainda que previsível, dispara com força indomável e irresistível. A imprevisibilidade é de se considerar quando determina a inevitabilidade”.

Seja como for, impõe-se advertir que o caso fortuito não pode jamais provir de ato culposos do obrigado, pois a própria natureza inevitável do acontecimento que o caracteriza exclui essa hipótese.

Se o evento decorre de um ato culposos do agente, não será inevitável; logo, não haverá caso fortuito.

Nesse sentido, já julgaram os tribunais:

A ruptura da “borrachinha” dos freios é totalmente imprevisível ao motorista do veículo, que só a constata quando da inoperância daqueles – Assim sendo, é perfeitamente normal o fato de o veículo trafegar com seus sistemas de freios atuando eficientemente e, inesperadamente, o mesmo se tornar inoperante (RT 351/362).

Portanto, conforme a tendência jurisprudencial, considera-se como excludente de responsabilidade, quando a “borrachinha” dos freios de um veículo se rompe, fato esse, totalmente imprevisível ao motorista.

Ainda sob a mesma égide:

A morte de empregado rural vitimado por raio é acontecimento trágico, imprevisível e inevitável, puro evento de origem natural, caracterizando-se o caso fortuito ou força maior, assim excludente de encargo indenizatório (JTJSP, 145/103).

Da mesma forma, o dono da propriedade rural não será responsabilizado pela morte de seu empregado, vítima de um raio, por tratar-se de puro evento natural, caracterizando o caso fortuito.

1.5.4 Cláusula de não indenizar

No âmbito contratual, a cláusula de não indenizar é aquela pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial.

Essa cláusula tem por função alterar o sistema de riscos no contrato. Dispõe sobre a exoneração convencional do dever de reparar o dano. Nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima.

A cláusula de não indenizar, diferentemente da cláusula de irresponsabilidade que afasta apenas a indenização, exclui a responsabilidade, assim entendida por alguns autores.

Em princípio, somente a lei pode excluir a responsabilidade em determinadas situações. Logo, no campo negocial, melhor que denomine o fenômeno de cláusula de não indenizar. Essa cláusula não suprime a responsabilidade, mas suprime a indenização.

A discussão sobre essa cláusula é grande, pois, muitos entendem que se trata de cláusula nula, porque imoral e contrária ao interesse social. No campo dos direitos do consumidor, ela é nula (art. 51, I, CDC)⁵.

⁵ Art. 51, I – (...) impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

O Decreto nº 2.681/12⁶ considera nula qualquer cláusula que tenha por objetivo diminuir a responsabilidade das ferrovias. Em matéria de transportes, é conhecida a Súmula 161, STF: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

Destarte, com a sua proibição nos contratos de adesão, protege-se a parte mais vulnerável na relação negocial. Ainda, não pode ser admitida a cláusula de não indenizar em conflito com a ordem pública, matéria que não é passível de objeto de transação pela vontade individual. Em síntese, pode ser admitida quando a tutela do interesse é meramente individual, desde que não esbarre em direitos do consumidor, conforme visto acima.

Contudo, ainda que admitida, deve essa cláusula decorrer de contrato livremente negociado, sem a imposição do contrato de adesão. Desse modo, porque não negociada, não é válida a cláusula normalmente usada em estacionamentos: “Não nos responsabilizamos por furtos do veículo”. Assim, essa cláusula, hoje, por expressa disposição de lei, é totalmente nula.

Outra observação a ser feita é que essa cláusula não pode pretender nulificar a obrigação essencial do contrato, mas apenas elementos de cumprimento das obrigações em geral, que podem ser entendidas como acessórias.

Nesse sentido, os tribunais já julgaram:

A cláusula de não indenizar só tem cabimento quando estabelecida com caráter de transação, não podendo ser deduzida de fórmulas impressas a título publicitário e não integrantes do contrato (1º TACSP – 3ª C – Ap. – Rel. Fonseca Tavares – j. 14.10.81 – RT 563/146).

Assim, só terá efeito a cláusula de não indenizar, se for pactuada entre as partes contratantes, não podendo ser deduzida de maneira unilateral.

Da mesma forma, segue a jurisprudência:

Responsabilidade civil – Estabelecimento de banho turco – Jóia guardada em armário por cliente - Desaparecimento – Ação contra o proprietário – Procedência – “O proprietário de estabelecimento de banho turco responde pelo furto de jóia que cliente deixou guardada em armário fechado à chave. É ineficaz aviso afixado nas paredes de que o dono não se responsabiliza por pertences de usuários (TJSP – 2ª C. – Ap. – Rel. Mendes Pereira – j. 14.8.79 – RT 533/76)”.

⁶ Regula a responsabilidade das estradas de ferro.

Diante desses julgados, está claramente demonstrado que mensagens afixadas em estabelecimentos públicos com dizeres de que não se responsabilizam pelo desaparecimento dos objetos ali depositados, não terão a mínima validade, por não preencherem os requisitos exigíveis para que possa ser admitida a cláusula de não indenizar.

Ressalte-se por fim, a admissão da cláusula de limitação da responsabilidade. Aqui, as partes não excluem, mas limitam a responsabilidade decorrente de um ato ilícito ou inadimplemento até determinado valor. Nessa cláusula, limita-se, antecipadamente, a soma que o devedor pagará a título de perdas e danos.

Trata-se, sem dúvida, de elemento dinamizador dos negócios. Pode, porém, servir de burla aos direitos do credor. Também somente poderá ser admitida se livremente pactuada.

No entanto, nos dizeres de José de Aguiar Dias (1997, p. 95): “A fixação arbitrária, entretanto, quando guarde justas proporções, é até louvável, porque assegura a solvabilidade do responsável perante os prejudicados, afastando a sobrecarga das indenizações amplas”.

Logo, no entendimento do doutrinador, desde que a cláusula de não indenizar seja arbitrada entre as partes, há de ser admitida, como forma de impedir os pleitos de indenização em série.

2. PREVISÃO LEGAL

Necessário se faz destacar algumas fontes legais onde pode ser encontrada a matéria de responsabilidade civil. Assim, na legislação ordinária brasileira, há como amparo legal sobre a matéria: a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Já nas leis esparsas, o presente trabalho destaca as que entende ser mais importantes, tais como: Lei de Imprensa, Código do Consumidor e Código de Ética Médica.

2.1 Legislação Ordinária

2.1.1 Constituição Federal

A Carta Magna, por ser o suporte maior de todas as outras legislações, obviamente não deixa de expressar a norma sobre responsabilidade civil em seu art. 5º, X, que garante a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ora, a Constituição Federal, promulgada em 1988, já previu desde aquela época, situações capazes de ferir os direitos do ser humano, garantindo, assim, o direito à indenização. Logo, se alguém tem direito a ser indenizado por algum dano que lhe é causado, por outro lado, outra pessoa será responsabilizada a pagar aquilo que é devido por causar prejuízo a terceiro.

Assim, o paciente que se vê prejudicado de alguma forma, pelo fato do médico ter violado um dos seus direitos relacionados no art. 5º, X, da CF, poderá pleitear uma indenização para obter o ressarcimento do dano ocasionado, amparado pela lei constitucional, que está acima de qualquer outra.

Isso ocorre, porque a Constituição Federal, em seu art. 5º, X, visa proteger os direitos personalíssimos do indivíduo: sua intimidade, vida privada, honra e sua

intimidade. Desse modo, a violação de qualquer desses direitos, gera o direito de indenização, exigível de quem causou o dano, mediante inobservância da norma.

Ainda, sobre o assunto da responsabilidade civil, dispõe o § 6º do art. 37 da Carta Magna que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Consoante esse dispositivo constitucional, há, para todas as entidades estatais e suas desmembrações administrativas, a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros, independentemente da prova de culpa, no cometimento da lesão.

2.1.2 Código Civil

O Novo Código Civil (Lei 10.406/02), em seu art. 927, inserido no Título IX, Capítulo I, referente à obrigação de indenizar, dispõe que aquele que causar dano a outrem, por ato ilícito, será obrigado a repará-lo.

Ainda, no art. 951⁷ continua a norma sobre a responsabilidade civil, no entanto, dirigida àqueles que exercem atividade profissional, tais como: médico, dentista, farmacêutico, etc, conforme era previsto no antigo art. 1.545 do Código Civil de 1916.

Portanto, a responsabilidade civil, também prevista no Código Civil, assim como na Constituição Federal, visa tão somente proteger aquele que vier a sofrer algum dano.

No Código Civil de 1916, era adotada a teoria subjetiva, ou seja, para que ocorra a indenização, a vítima deve provar que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Embora, essa previsão esteja expressa no atual art. 951, da Lei 10.406/02 (Novo Código Civil), o parágrafo único do art. 927, da mesma lei, admite a teoria objetiva, isto é, independentemente de culpa, haverá a obrigação de indenizar, 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.

⁷ Art. 951, NCC: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe a lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

É o que se pode observar nas atividades médicas, onde por sua própria natureza, implica em risco ao paciente, devendo o médico ter muita cautela ao prescrever uma receita médica ou ao realizar uma cirurgia, por exemplo.

2.1.3 Código de Processo Civil

No Código de Processo Civil pode-se encontrar diversos artigos que menciona, de alguma forma, a responsabilidade civil ou o dever de indenizar, tais como: art. 16, prevendo a responsabilidade por perdas e danos daquele que pleitear de má-fé em uma ação, seja como autor, réu ou interveniente; art. 18, que dispõe ainda sobre a litigância de má-fé, o dever de indenizar, do litigante de má-fé, à parte contrária, pelos prejuízos que esta sofreu; art. 133, que determina a responsabilidade do juiz, por perdas e danos, quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou ainda recusar, omitir ou retardar, sem justificção, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

No mesmo sentido, dispõe o art. 150 que o depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte; no art. 811, a responsabilidade do requerente no procedimento cautelar ao requerido, pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida e, ainda, o art. 881, p. único, dispõe que o réu poderá ser condenado a ressarcir à parte lesada as perdas e danos que sofreu em consequência do atentado.

Portanto, como se pode perceber, são diversos dispositivos processuais acerca da responsabilidade civil e o dever de indenizar, restando à vítima apenas exigir o seu direito de maneira correta, pois, embasamento jurídico é o que não falta.

2.1.4 Código Penal

No Código Penal, em seu artigo 18, II⁸, está tipificado o crime culposo, dispondo que configurar-se-á tal crime quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Portanto, na legislação penal há também a tipificação da responsabilidade civil, pois, se o agente do crime age com imprudência, negligência ou imperícia, será responsabilizado tanto na esfera civil, como já visto, como na esfera penal; aqui, porém, será condenado pela prática de crime culposo à sanção imposta em lei.

Assim, o médico que negligentemente não consulta e nem examina seu paciente devidamente, vindo esse a falecer, se provada a culpa do profissional, será o mesmo condenado tanto penal como civilmente.

É nesse sentido que já julgou o Tribunal de Alçada Criminal:

HOMICÍDIO CULPOSO – Negligência médica – Apendicite – Descaso no atendimento de infante – Providências tardiamente tomadas acarretando a morte da paciente – Condenação decretada.

Ementa Oficial: Configura o crime de homicídio culposo a conduta do médico que, após exame superficial e incompleto em paciente acometida de dores abdominais, conclui diagnóstico à conta de intoxicação alimentar, e, posteriormente, atribui a gases a persistência das dores, para, diante de quadro febril irremittente, determinar os exames que já se faziam necessários no primeiro atendimento, de nada mais adiantando para evitar a evolução do quadro de apendicite, da infante, que culminou com sua morte. (Apelação Crime n.574.803-3, da comarca de Santa Bárbara D'Oeste – RJDTACrim, 5:108, Julgados do Tribunal, 1º trimestre).

No caso em tela, devido ao fato do médico não ter examinado a paciente como deveria (ou seja, agiu com negligência), ocasionou a morte da enferma. Assim, diante da legislação penal, a atitude do profissional está tipificada como crime de homicídio culposo.

Quando ocorre um homicídio decorrente da inobservância de regra técnica da profissão, arte ou ofício (isto é, por imperícia), ou mesmo se o sujeito deixar de prestar imediato socorro à vítima, estar-se-á diante de um homicídio culposo qualificado.

⁸ Art. 18, II, CP: “Diz-se o crime: culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

No caso de ter sido cometido pelo médico, este será obrigado a indenizar os prejuízos que causar.

Da mesma forma, ocorre quando configurada está a lesão corporal culposa, tratada no artigo 129, § 6º, Código Penal⁹. Se da conduta do médico, por exemplo, resultou a lesão corporal, como deixar uma cicatriz no abdômen do paciente, estará obrigado a ressarcir-lo dos devidos prejuízos causados.

No que tange à lesão corporal, tem decidido a jurisprudência:

LESÃO CORPORAL CULPOSA – Negligência – Médico cirurgião – Esquecimento de material cirúrgico no organismo da vítima – Comprovação testemunhal – Lesões daí resultantes – Condenação mantida – Pena restritiva de direito substituída pela multa – Apelação provida – Declaração de voto – Inteligência do art. 129, §§ 6º e 7º, do CP de 1940. (Apelação-Crime n. 397.331-1, da comarca de Santa Cruz do Rio Pardo – Lex, 85:430; RT, 605:322).

Logo, age também culposamente de maneira negligente, o médico que conclui uma cirurgia, deixando qualquer material utilizado no campo operatório, causando lesão corporal em seu paciente.

2.1.5 Código de Processo Penal

Finalmente, pode-se encontrar na lei processual penal, a regra para obter indenização do prejuízo causado à vítima, diante de uma sentença condenatória penal, podendo, com base nela, propor a sua devida execução na esfera cível. É assim o que dispõe o artigo 63, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁰.

Ainda, no mesmo sentido, em seu artigo 630, no Capítulo VII, sob o título: Da Revisão, dispõe o Código, que se o interessado o requerer, poderá o tribunal reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

Adiante, no parágrafo primeiro desse mesmo artigo, diz-se que a liquidação dessa indenização será no juízo cível, respondendo a União, no caso da condenação ter sido

⁹ Art. 129, §6º - Se a lesão é culposa:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

¹⁰ Art. 63 - Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

proferida pela justiça do Distrito Federal ou Território, ou o Estado, se tiver sido pela respectiva justiça.

Portanto, a vítima de um dano, seja na esfera cível ou criminal, tem um amparo legal bem amplo para que possa pleitear uma justa e devida indenização de todo o prejuízo causado.

2.2 Leis esparsas

Além da legislação ordinária brasileira, citada logo acima, existem algumas leis esparsas que também dizem respeito à responsabilidade civil. Dentre elas, destacam-se: a Lei de Imprensa, o Código do Consumidor e o Código de Ética Médica; no entanto, existem também outras leis que tratam do assunto, porém, necessário se faz destacar apenas as citadas no presente trabalho, por serem as mais específicas.

2.2.1 Lei de Imprensa

A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) possui um capítulo exclusivo (Capítulo VI) sobre a responsabilidade civil, previstos nos artigos 49 a 57.

É expressa a norma no sentido de obrigar, aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, devendo reparar tanto os danos morais como os materiais, conforme previstos nos casos da lei.

Dispõe ainda a Lei 5.250/67, que a responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano, seja por negligência, imprudência ou imperícia, é limitada, em cada escrito, transcrito ou notícia, norma essa, prevista no artigo 51.

O capítulo inteiro prevê normas que obrigam o agente causador do dano a indenizar a vítima, seja o dano moral ou material, ou ainda os dois cumulativamente.

O artigo 57, dispondo sobre normas processuais, diz que a petição inicial da ação para reparação de dano moral deverá ser instruída com o exemplar do jornal ou periódico que tiver publicado o escrito ou notícia.

Assim, para se propor uma ação de reparação de dano moral, a petição deve ser bem instruída com todos os documentos necessários, inclusive com o original do jornal ou periódico, para que o alegado possa ser bem demonstrado.

Portanto, a vítima do dano está amplamente protegida pela Lei de Imprensa, sob o amparo da qual poderá pleitear ação de indenização para ver seu prejuízo reparado, desde que esse seja ocasionado no âmbito da imprensa.

2.2.2 Código do Consumidor

O Código do Consumidor (Lei nº 8078/90) surgiu com intuito de estabelecer o equilíbrio entre as partes da relação jurídica de consumo e também cuidar do instituto da responsabilidade civil médica.

Essa Lei prevê norma que regula a obrigação do fornecedor de serviços, independentemente da existência de culpa, a reparar danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes sobre sua fruição e riscos; norma essa encontrada no artigo 14 do Código do Consumidor.

Diante da verificação do presente artigo, nota-se que a vítima só precisa provar o dano e o nexo de causalidade, cabendo ao fornecedor romper esse nexo para isentar-se do dever de reparação; regra essa, adotada pela teoria objetiva, pois, não é necessário discutir-se a culpa, mas tão somente a existência do dano e do nexo de causalidade.

Adiante, vê-se no parágrafo quarto desse mesmo artigo, uma única exceção do Código de Defesa do Consumidor, onde a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, ao contrário do disposto no *caput*, será apurada mediante verificação de culpa, adotada, assim, a teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, caberá o cliente provar o dano que sofreu.

A regra da responsabilidade subjetiva é aplicada apenas ao próprio profissional liberal, portanto, não se estende às pessoas jurídicas que esse integre ou para as quais preste serviço, pois, a essas, a responsabilidade será objetiva.

Logo, se um médico associa-se a outros para montar uma clínica que presta serviços ao público, e o consumidor (paciente), dirigindo-se a essa, vem a sofrer algum dano, não será aplicada a responsabilidade subjetiva, mas sim, a regra geral do Código de

Defesa do Consumidor, uma vez ter o consumidor contratado com a pessoa jurídica e não com o profissional liberal, não existindo entre o consumidor e o profissional uma relação de confiança.

Destarte, fica clara a regra do Código de Defesa do Consumidor, o qual utilizar-se-á o sistema com base na culpa apenas aos profissionais liberais. Desse modo, provado pelo cliente que o dano adveio de negligência, imprudência ou imperícia, estará comprovada a culpa, e o profissional responderá pelos danos causados ao seu cliente.

2.2.3 Código de Ética Médica

O Código de Ética Médica foi aprovado pela Resolução nº 1.246/88 que regula os direitos e deveres dos profissionais, independente da função ou cargo que ocupem.

Para o exercício da Medicina, necessária se faz a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, território ou Distrito Federal, conforme o disposto no artigo 1º do Código de Ética Médica¹¹.

O médico deve ter como objetivo preservar a saúde do indivíduo lembrando que ele tem família, e que pertence a uma comunidade de vizinhança, de bairro, de clube, de igreja, dentre outras. Ele não tem por obrigação curar o paciente, mas tem que dele cuidar com diligência e competência, não lhe sendo permitido desrespeitar as vontades do paciente ou de seus familiares, bem como interferir em suas decisões, exceto quando houver iminente perigo de vida.

O presente Código trata da responsabilidade profissional, no Capítulo III, dos artigos 29 a 45, sendo vedado ao médico, por exemplo, praticar atos profissionais danosos ao paciente caracterizados como imprudência, negligência ou imperícia, regra essa tipificada no artigo 29.

Ainda é defeso ao médico deixar de esclarecer o paciente sobre as determinações sociais, ambientais ou profissionais de sua doença (art.41).

¹¹ Art. 1º. A Medicina é uma profissão a serviço da saúde e do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza.

Ao médico cabe esclarecer ao paciente a sua doença de forma que ele se conscientize de seu estado e, através disso, dê ou não autorização para o procedimento operatório ou qualquer tipo de tratamento.

Logo, caso não o faça, será responsabilizado civilmente ou penalmente, dependendo do caso, a reparar o dano causado ao seu paciente.

3. DO DANO

A palavra dano refere-se a um prejuízo sofrido por alguém, seja em acidentes físicos, como, por exemplo, acidente de veículo, onde a vítima sofre danos materiais (dano do carro) e, às vezes, danos morais (como por exemplo, sofrimento íntimo da vítima por ter ficado parálitica) ou em alguma relação jurídica, onde uma parte da relação sai prejudicada pelo motivo de outrem ter, quer dolosa ou culposamente, tirado vantagem no negócio.

É o que ocorre nas relações de consumo, geralmente, onde o fornecedor, aproveitando-se da parte hipossuficiente do negócio, isto é, do consumidor, obtém lucros indevidamente. Como exemplo pode-se citar o caso do papel higiênico que possui em cada rolo 40 metros; no entanto, em algumas “promoções”, o preço do produto diminui, porém, a metragem também, contudo, passa despercebido pelo consumidor, pelo fato de mostrarem a metragem em letras minúsculas no final da embalagem.

Logo, nesse tipo de relação fornecedor x consumidor, deve-se ter muita atenção, para que a parte hipossuficiente da relação consumista não tenha qualquer tipo de dano patrimonial ou moral.

3.1 Causas

3.1.1 Imprudência

A palavra imprudência vem do latim *imprudencia*, que significa a falta de atenção, o descuido ou imprevidência no exercício de uma ação perigosa, caracterizando-se por uma conduta comissiva, isto é, efetivada positivamente.

Segundo o raciocínio de Aníbal Bruno (*apud* Croce e Júnior, 1997, p. 19), “consiste a imprudência na prática de um ato perigoso sem os cuidados que o caso requer”.

Denominada pela doutrina como sendo uma forma ativa ou militante de culpa, é uma atitude em que o agente exerce determinada atividade, que guarda necessariamente relação com arte ou profissão, de maneira intempestiva, precipitada ou até mesmo com

insensatez, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência, que são capazes de prevenir possíveis resultados lesivos.

Existem vários exemplos de ações imprudentes, dentre as quais pode-se citar: lubrificar arma de fogo carregada na presença de outras pessoas; motorista que, mesmo avistando um transeunte atravessando a rua, não reduz a marcha do veículo, de tal maneira que possa passar por ele sem causar nenhum efeito lesivo ou parar para o mesmo complete a sua travessia com segurança.

Também encontram-se muitas situações de imprudência na área da medicina, tais como: médico que avalia um diagnóstico à distância e, por total imprudência, acaba medicando seu paciente de maneira errada.

Ainda, receitar medicamento por telefone, sem examinar o paciente pessoalmente, não sabendo ao certo a situação real do enfermo.

Da mesma forma, age de maneira imprudente o médico que prescreve ou ministra, culposamente, substância entorpecente ou medicamento que cause dependência física ou psíquica em dose evidentemente maior que a necessária, ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentada pelo art. 15 da Lei de Tóxicos¹². Como exemplo disso, pode-se citar os calmantes que, se ingeridos de forma indevida, seja por dosagem elevada ou em quantidade além do limite permitido, é passível de causar dependência psíquica e/ou física.

A pessoa imprudente tem previsibilidade (isto é, pode prever o resultado e as conseqüências de seu ato) quanto ao que poderá ocorrer, mas age mesmo assim.

Nesse sentido já julgou o Tribunal:

HOMICÍDIO CULPOSO – Imprudência e negligência – Clínico que dá orientação médica por telefone – Conhecimento prévio do estado do paciente por exames anteriormente feitos – Delito não configurado – Absolvição decretada (Embargos Infringentes n. 328.563-7, da comarca de Penápolis – Lex, 84:51).

Assim, pelo entendimento jurisprudencial o médico, que orienta seu paciente por telefone, não será julgado imprudente nem negligente quando já tiver conhecimento prévio

¹² Art. 15. Prescrever ou ministrar culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.

do estado de saúde do paciente. Logo, a *contrario sensu*, a recíproca é verdadeira, isto é, se o médico não tem conhecimento prévio do estado de saúde do seu paciente, age imprudentemente ao medicá-lo por telefone.

3.1.2 Negligência

A negligência, do latim, *negligentia*, é a inércia *non facere*, isto é, não fazer, é falta de preocupação, de interesse, é ter o descuido, é a desatenção. É a omissão de fazer algo que a circunstância exige.

A passividade corpórea ou subjetiva, requisito dessa modalidade, quando da execução de determinado ato, pode ocasionar resultado danoso que não sobreviria se o agente tivesse tomado a devida cautela para o cumprimento da obrigação.

Conforme Juarez Tavares (*apud* Croce e Junior, 1997, p. 17):

...é uma forma de conduta humana que se caracteriza pela realização do tipo de uma lei penal, através da lesão a um dever de cuidado, objetivamente necessário para proteger o bem jurídico e onde a culpabilidade do agente se assenta no fato de não haver ele evitado a realização do tipo, apesar de capaz e em condições de fazê-lo.

Exemplo de negligência é o médico realizar exame clínico superficial e, com base nesse exame, prescrever um medicamento errado.

Da mesma forma, não examinando de maneira adequada uma criança em estado precário de saúde, dando-lhe alta, e como resultado essa criança, vem a falecer, ou seja, se o médico tivesse examinado corretamente seu paciente, não daria alta a esse e, possivelmente, não viria a falecer se tivesse tido todos os cuidados médicos necessários; logo, o médico agiu com total negligência em deixar de examinar com toda a atenção necessária para depois tomar a iniciativa de dar alta ao paciente.

Ainda, incorre em negligência o médico que se omite nas instruções necessárias em atendimento de casos clínicos, não prevenindo o paciente das conseqüências de determinados tratamentos, ou seja, o profissional atua negligentemente se não informa ao paciente seu verdadeiro quadro clínico deixando-o de alertar sobre algumas conseqüências sérias pós- cirurgia.

É o caso de cirurgia para extração de tumor maligno e sessões posteriores de quimioterapia em paciente portador de câncer. O médico deve comunicá-lo de todas as conseqüências pós-tratamento, como possíveis quedas de cabelo, baixa resistência no sistema imunológico, etc.

De acordo com a jurisprudência pátria, segue a decisão:

HOMICÍDIO CULPOSO – Delito atribuído a médico – Conduta negligente ao determinar a aplicação de soro antitetânico na vítima – Morte desta por deficiência cardíaca – Condenação confirmada – Inteligência do art. 121, § 3º, do CP (Apelação-Crime n. 198.237, da comarca de Pitangueiras – Lex, 59:283).

Portanto, age com inegável negligência, médico que determina a aplicação do soro antitetânico na vítima sem, antes, submetê-la aos testes de sensibilidade, acarretando, com isso, sua morte por deficiência cardíaca.

3.1.3 Imperícia

Por derradeiro, a imperícia, do latim *imperitia*, qualifica o inábil ou a inaptidão técnica, teórica ou prática, no desempenho de uma atividade profissional.

Em posição contrária, encontra-se na doutrina o autor Genival Veloso de França (2002, p. 312) que entende ser muito difícil provar que um médico, alguém com um diploma em mãos, que lhe confere o grau de doutor, habilitado, profissional e legalmente, é imperito na sua profissão, seja em qualquer circunstância.

Todavia, não é o que parece ser mais aceito, pois essa dificuldade não é tão extrema a ponto de ensejar a impossibilidade. Além disso, a doutrina e a jurisprudência nacionais encontram-se no sentido oposto ao do citado autor, destacando várias maneiras de poder concluir que numa determinada situação ocorreu imperícia médica.

Dentre elas, tem-se: provocar queimaduras em radioterapias, por não saber manusear corretamente os instrumentos de raio-x, deixando diversas marcas na pele do paciente; ainda, causar o hipotireoidismo devido ao uso inadequado de hormônios tireoidianos, em tratamento de doenças da glândula tireóide ou da de corticóides, por não ter feito o exame correto que evidenciaria a pré-disposição do paciente.

Da mesma forma, fazer o exame de toque em paciente, supondo-a ser desvirginada e grávida e, com o dedo provocar o rompimento do hímen, conseqüência essa, totalmente irreversível.

Na imperícia, embora o agente seja diplomado, seja ele médico, engenheiro ou qualquer outro profissional, há ao menos parcialmente, a falta de conhecimento técnico, teórico ou prático ao executar um ato ligado à profissão.

Sobre o assunto, já julgou o Tribunal:

LESÕES CORPORAIS CULPOSAS – Cirurgia plástica – Médico que realiza intervenção cirúrgica causando lesão permanente em paciente – Inobservância de regra técnica da profissão – Imperícia caracterizada – Condenação mantida (Apelação-Crime n. 512.015/9, da comarca de São Paulo – RJDTACrimSP, Julgados do Tribunal, 2:101)

Destarte, é pacífico nos tribunais que, ao realizar uma cirurgia, seja ela estética ou não, sem a observância de regras técnicas da profissão, o médico agirá com total imperícia e, por isso, deverá ser responsabilizado.

3.1.4 Reparação

A responsabilidade é o conteúdo da obrigação. E a reparação do mal, o seu objeto.

Diante disso, a reparação do dano não deve se dar de outra forma senão pelo campo das obrigações de prestação específica ou *in natura*, ou seja, reparar o dano deixando a *res* (coisa, objeto) no estado em que se encontrava; e pela reparação por equivalente, como por exemplo, no caso de morte da vítima, onde a simples reparação do dano (morte), não ressarce a família por completo, pois é impossível retornar ao *status quo ante*, ou seja, ao estado anterior.

A reparação específica consiste em fazer com que as coisas voltem ao estado anterior, isto é, ao estado em que se encontrava a vítima antes de ocorrer o dano, por exemplo, em acidente de veículo, onde apenas há a danificação do automóvel, com o seu conserto, tudo volta ao estado anterior. Nesse caso, deve-se observar qual o objeto da indenização, pois, dependendo da situação, a sua reconstituição natural não será possível.

Assim, quando ocorre um homicídio, não há como trazer o morto de volta, muito menos atingir sua situação material correspondente; portanto, o ressarcimento do prejuízo ocorrerá com o pagamento do dano, o que nem sempre ressarce a vítima que, no caso será a família do *de cuius* (falecido).

Já a reparação por equivalente é de caráter subsidiário, isto é, o dano é ressarcido em dinheiro, por uma prestação pecuniária. Não se repõe o bem lesado, mas sim, compensa-se o dano sofrido restabelecendo a situação patrimonial.

O juiz, após avaliar os prejuízos, estabelece e fixa o quantum a ser pago pelo agente causador do dano.

3.3 Liquidação

Dentre todos os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil o dano é o que suscita menos controvérsia. O dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar.

Logo, de duas formas se processa o ressarcimento do dano: pela reparação natural ou específica e pela indenização pecuniária. A reparação natural corresponde ao retorno ao estado anterior em que se encontrava a vítima. Já, a reparação pecuniária se dá, quando se torna impossível a restauração do estado anterior e, por isso, indeniza-se a vítima em dinheiro.

Para a reparação do dano, o meio colocado à disposição do lesado é a ação de indenização de danos, prevista no art. 100, V, “a”, CPC, na qual a vítima formulará seu pedido de ressarcimento. Porém, para que subsista a obrigação indenizatória há que existir o dano comprovado, que constitui a condição essencial para que se possa exigir a indenização.

Segundo José de Aguiar Dias (1997, p. 150):

O que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu *quantum*, que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação seja capaz de produzir dano, seja concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante.

A liquidação é o ponto chave da ação indenizatória, na fase de execução, isto é, torna real e efetiva a reparação para a vítima, nos parâmetros estabelecidos no art. 402 do novo Código Civil (Lei 10.406/02).

O citado artigo dispõe que as perdas e danos abrangem não só o que efetivamente se perdeu, ou seja, os danos emergentes, mas o que razoavelmente se deixou de lucrar, conhecido como lucros cessantes.

Assim, o agente causador do dano, numa ação indenizatória, será responsável em pagar aquilo que a vítima perdeu com o efetivo dano mais o que ela poderia vir a ganhar se estivesse em estado normal de saúde e em perfeita condição para realizar a sua atividade profissional.

Exemplificando o exposto, numa intervenção cirúrgica realizada no joelho de paciente que exerce a função de modelo, sendo a sua profissão desfilhar em passarelas, caso ocorra erro médico que a impossibilite de andar normalmente, por tempo mais prolongado que o necessário nesse tipo de cirurgia, pode-se falar em lucros cessantes, isto é, o que a modelo deixará de ganhar enquanto não puder desfilhar em consequência do erro médico.

Analisar os lucros cessantes é, sem dúvida, tarefa complexa e que deve ser examinada detalhadamente pelo magistrado, na fase de execução. Aprecia-se o prejuízo integral que o dano produziu, considerando o dano emergente e o lucro cessante, observando-se, assim, o grau de culpa do agente causador do dano, pois em determinados casos, o dano provém de culpa exclusiva da vítima ou de fatos de terceiros e, também de influência de fatores exteriores; não se esquecendo que deve haver o nexo de causalidade entre o dano e o fato.

Há que se lembrar que a ação de indenização não pode gerar o enriquecimento ilícito da vítima, porque essa busca tão somente a reparação do prejuízo, e não a obtenção de uma vantagem.

Existem três tipos de liquidação, quais sejam: a legal, a convencional e a judicial.

A liquidação legal é aquela que decorre de própria determinação da lei, o meio de efetivação do pagamento. Como exemplo, pode-se citar o disposto no art. 946, do Código Civil, onde a lei determina que, se a obrigação for indeterminada, não havendo no contrato ou na lei disposição que fixe a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Na liquidação convencional, há um acordo de vontade realizado entre as partes, determinando o quantum e a forma de pagamento. Aqui, a vítima poderá receber quantia menor que seu prejuízo, desde que seja de sua plena concordância e ache conveniente.

Por fim, a liquidação judicial ocorre em juízo, com a presença do magistrado, obedecendo a todas as normas processuais contidas em lei.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

4.1 Conceito

No século passado, o ato médico resumia-se na relação entre a confiança do paciente e a consciência do médico. O médico era visto como profissional cujo título garantia a onisciência, isto é, médico da família, amigo e conselheiro – figura de uma relação social que não admitia dúvidas sobre a qualidade de seus serviços.

No entanto, atualmente “as circunstâncias estão mudando”, conforme entendimento de Ruy Rosado de Aguiar (1997, p. 132). As relações sociais se expandiram, distanciando o médico do seu paciente. Até a denominação dos sujeitos da relação mudou, passando o paciente a ser chamado de usuário e o médico, de prestador de serviços, tudo analisado sob o ponto de vista de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados.

A matéria de responsabilidade civil é muito vasta e abrangente, principalmente, quando se refere à responsabilidade civil do médico.

Como preleciona Rui Stoco (2001, p. 397):

... o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica, dever esse consubstanciado em um Código de Ética, ao qual deve respeito e obrigação.

Portanto, essa exigência e cuidado devem ser estabelecidos segundo o atual estágio da ciência e as regras consagradas pela prática médica.

... Aliás, a legislação a respeito é pobre e escassa, pois regem a matéria, basicamente, a Lei 3.268, de 30.09.1957, dispondo apenas sobre os Conselhos de Medicina, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19.07.1958, e o Código de Ética Médica (Resolução 1.246, de 08.01.1988, do Conselho Federal de Medicina).

Logo, o médico, antes de tudo, deve proceder de acordo com o que ordena o Código de Ética Médica, devendo agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, para que assim, não seja responsabilizado por algum de seus atos.

O que se deve ter em mente é que seja o médico contratado para prestar serviços ao paciente, recebendo honorários pelo seu trabalho, ou atue como profissional voluntário, realizando seu trabalho gratuitamente, nos dois casos prevalecerá o dever de reparar o dano à vítima, caso esse venha a ocorrer, pois, mesmo o médico voluntário deve obedecer as normas do Código de Ética Profissional, lembrando-se sempre do seu juramento, qual seja:

... Aplicarei os regimes, para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que o induza à destruição. Também não darei a uma mulher um pessário abortivo. Conservarei puras a minha vida e a minha arte... Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre; se dele me afastar ou infringir, suceda-me o contrário.¹³

São diversos os conceitos encontrados sobre responsabilidade civil do médico, por isso, o presente trabalho procurará mencionar apenas alguns autores, para que, de alguma forma, torne mais claro o objetivo almejado, ou seja, mostrar em quais situações práticas pode ocorrer a responsabilidade do médico devido a algum erro praticado em sua profissão e que de uma maneira sintética, fiquem evidenciadas as ocasiões onde o médico é responsabilizado por seus atos.

O Código de Ética Médica¹⁴ estabelece uma série de normas de conduta profissional sendo essa relação apenas exemplificativa e não exaustiva. Em seu art. 12, dispõe que: “o médico deve buscar a melhor adequação do trabalho ao ser humano e a eliminação ou controle dos riscos inerentes ao trabalho”.

Ou seja, o médico deve adequar o seu trabalho ao paciente evitando e/ou controlando os riscos inerentes à sua profissão, evitando qualquer tipo de erro que prejudique o seu paciente.

E, ainda, continua no seu art. 29, o seguinte: “é vedado ao médico praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

Assim, conforme explicado anteriormente, o médico deve evitar qualquer erro profissional que cause dano ao paciente, seja por agir de forma negligente, imprudente ou com imperícia no assunto.

¹³ Texto extraído parcialmente da doutrina **Erro Médico e a Justiça**, de Irany Novah Moraes, p.66.

¹⁴ Aprovado pela Resolução CFM nº 1.246/88.

Não se pode fugir às regras constantes desse Código, pois é um dos apoios que o médico tem para poder se eximir de uma possível indenização no caso do erro médico.

Os artigos supracitados dispõem claramente que o médico deve realizar o seu trabalho de forma adequada ao ser humano, devendo eliminar, ou ao menos controlar, os riscos que seu trabalho pode trazer ao paciente; portanto, se por algum meio, isso não ocorrer, o médico será responsabilizado por seus atos.

E é da leitura do artigo 29, já citado, que se chega a essa conclusão, ou seja, ao profissional é vedada a prática de atos danosos que caracterizem a imperícia, imprudência ou negligência. Logo, de acordo com tudo já estudado até aqui, é certo que haverá a responsabilidade médica, caso o médico aja com um desses três institutos.

Assim preleciona Genival Veloso França (2002, p. 435) sobre a responsabilidade médica: “a obrigação, de ordem civil, penal ou administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia ou negligência”.

Portanto, a responsabilidade civil do médico é a obrigação de suportar, na esfera civil, as conseqüências das faltas por ele cometidas no exercício de sua profissão.

Prosseguindo sobre esse assunto, dispõe o Novo Código Civil (Lei 10.406/02), em seu art. 951, que na hipótese de indenização devida à vítima, parte vencedora na ação de reparação de dano, será responsabilizado o médico que, no exercício de sua atividade profissional, seja por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte, lesão, agravar o mal ou inabilitar o paciente para o seu trabalho. Portanto, essa regra é aplicável a todos os profissionais liberais, incluindo, certamente, o médico. É o que dispunha o art. 1545 do Código Civil de 1916.

Logo, o médico que não prestar toda a atenção no atendimento ao paciente, causando dano a esse, tanto de forma leve (como exemplo, uma lesão corporal leve) como de forma gravíssima (um dos exemplos é a morte do paciente), com certeza será responsabilizado pelos seus atos.

Dessa forma, para que ocorra a responsabilidade médica, são necessários os seguintes elementos: o agente (médico), o ato profissional, a culpa (negligência, imprudência ou imperícia), o dano (podendo ser a lesão, o agravamento de um mal ou até mesmo a morte) e o nexo de causalidade entre o ato e o dano (a ação ou omissão do médico que gerou o dano).

No entendimento de Venosa (2000, p. 561):

“... como em toda responsabilidade profissional, a responsabilidade do médico será, em regra, aferida mediante o cauteloso exame dos meios por ele empregados em cada caso. Em Medicina, como em Direito, há casos semelhantes, mas não idênticos. Mesmo porque não existem pessoas iguais, embora a ciência já admita produzir clones.”

Assim, conceituar a responsabilidade civil do médico é um trabalho árduo, pois, de acordo com o doutrinador supra citado, deve-se analisar o caso em concreto, por ser uma matéria de grande relatividade.

4.2 Natureza Jurídica

A doutrina também diverge de maneira expressiva quando se trata de definir a natureza jurídica da relação médico-paciente, isto é, encontra dificuldade para definir se essa relação se trata de relação contratual ou extracontratual.

Em razão disso, o presente trabalho mostrará as regras específicas em cada caso.

Ainda, discute-se em quais casos a responsabilidade civil do médico pode ser considerada objetiva ou subjetiva. E, em determinadas circunstâncias, faz-se a análise quanto ao seu fim, qual seja, se a obrigação profissional do médico é de meio ou de resultado.

4.2.1 Contratual

A responsabilidade do médico será contratual quando decorrer de contrato existente entre o médico e seu cliente, isto é, quando o profissional estiver unido a seu paciente por um vínculo contratual.

Assim, no entender de Aguiar Dias (1997, p. 141), “...ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. (...) Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos.”

Logo, o paciente tem a total liberdade de eleger o seu médico; este, aceitando o encargo e ambos concordando quanto ao tipo de serviço a ser prestado estará caracterizada a obrigação contratual. Assim, para que surja a responsabilidade, o paciente é obrigado a demonstrar apenas que a obrigação não foi cumprida, isto é, a inexecução culposa da obrigação pelo profissional, e o nexo de causalidade entre essa e o dano causado. O médico só não será obrigado a indenizar, se provar que o dano decorreu de causa que não participou.

Porém, a culpa do profissional não pode ser presumida, mesmo que a responsabilidade médica seja considerada contratual. Dessa forma, há que se entender como conseqüência dessa natureza jurídica, o fato do médico não se comprometer a curar, mas sim, a proceder conforme as regras e os métodos exigidos pela própria profissão.

Entre médico e paciente pode existir contrato verbal ou escrito. Será contrato verbal quando, por exemplo, o paciente faz uma consulta no hospital com um médico plantonista, alegando que sente fortes dores no estômago, permitindo o exame clínico. Logo, o paciente não precisou assinar nenhum papel autorizando o médico a realizar os exames necessários para poder diagnosticá-lo; bastou uma simples alegação e a sua submissão ao exame para que ficasse caracterizado o contrato verbal.

O contrato será, porém, de forma escrita quando, por exemplo, o paciente assina uma autorização para que o médico realize determinada cirurgia.

Assim, observa-se que a diferença entre os dois tipos de contrato está no fato de um depender, necessariamente, de documento escrito e/ou assinado pelo paciente e pelo médico, não sendo exigível no contrato verbal.

Destarte, havendo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento por parte do paciente ou o descumprimento do contrato por parte do médico.

Há descumprimento do contrato, quando, por exemplo, em cirurgia plástica o médico contrata com a sua paciente comprometendo-se a deixar seu nariz igual ao da atriz Demi Moore. Contudo, realizada a cirurgia, o resultado é diverso do contratado; logo, analisando-se pelo âmbito contratual, houve, nesse caso, um descumprimento do profissional com o que foi previamente pactuado com a paciente.

4.2.2 Extracontratual

Na responsabilidade extracontratual, não há contrato firmado entre médico e paciente, como no caso da responsabilidade contratual.

Ocorre, na responsabilidade extracontratual, uma voluntariedade por parte do profissional em querer ajudar, tratar de seu paciente, sem que para isso, firme um acordo com ele.

Assim, o médico presta serviços de forma espontânea, quando as circunstâncias da vida colocam-no frente à frente com o enfermo. Exemplo básico disso é quando o profissional se depara com a vítima de acidente em via pública e, de maneira urgente, precisa socorrê-la. Nesse caso, não houve o expresse consentimento da vítima em querer ser atendida por tal médico, devido à sua impossibilidade.

No entanto, embora não tenha sido firmado um contrato entre o médico e o paciente, isso não isentará o médico da obrigação de indenizar, caso ocorra algum dano; haja contrato ou não.

É nesse sentido que afirma o autor Ruy Rosado de Aguiar Jr. (1999, p. 35):

... na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus. Na prática, isso só tem significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meio.

A responsabilidade extracontratual incumbe o paciente de provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia). A obrigação de indenizar decorrente desse tipo de culpa está fundamentada legalmente no parágrafo único do artigo 927 novo Código Civil (Lei 10.406/02), que obriga a reparar o dano aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, independentemente, de culpa.

No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe:

Somente danos diretos e efetivos, por efeito imediato do ato culposos, encontram no Código Civil suporte de ressarcimento. Se dano não houver, falta matéria para a indenização. Incerto e eventual é o dano quando resultaria de hipotético agravamento da lesão (TJSP – 1ª C. – Ap. – Rel. Octávio Stucchi – j. 20.08.85 – RT 612/44)

Assim, de acordo com o entendimento jurisprudencial, deve-se provar a ocorrência do ato culposos e danoso para que haja a obrigação de reparar.

Ainda, no mesmo sentido, dispõe o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Médico – Responsabilidade civil – Quando ocorre – Ação improcedente – “A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência, imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutrinadores em Medicina em virtude, mesmo, da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares”. (TJRJ – 2ª C. – Ap. – Rel. Felisberto Ribeiro – j. 20.08.81 – RT 558/178)

Portanto, para que se exija a reparação do dano pelo médico é necessário provar que o profissional agiu com culpa na prática do ato, conforme entendimento jurisprudencial.

Logo, o que se percebe, é que na responsabilidade extracontratual há uma dificuldade maior ao lesado, vez que não existe nenhum vínculo jurídico contratual entre a vítima e o causador do dano.

4.2.3 De meios

Quanto ao fim almejado, a obrigação do médico será de meio ou de resultado. Considera-se obrigação de meio, conforme entendimento doutrinário, aquela na qual o profissional assume a prestação de um serviço, utilizando todos os *meios*, isto é, toda a sua diligência, cuidado, dedicação e prudência, de acordo com os recursos de que dispõe, para atingir a meta prevista, não se comprometendo, no entanto, a obtê-la.

Conforme preleciona Jurandir Sebastião (1998, p. 30):

... cumpre ao médico empenhar-se, quanto necessário e possível, para o bom resultado da prática médica, com o objetivo de curar o paciente. Isso importa obrigação de utilização de todas as técnicas disponíveis, aceitas pelo consenso profissional como adequadas ao fim proposto.

Isso significa que o profissional deve empregar toda a sua técnica médica e conhecimento sobre o assunto, com o objetivo de curar o paciente, *não se comprometendo*, porém, com a total cura dele.

Caso típico dessa obrigação é quando o médico utiliza-se de todo o seu conhecimento técnico para tratar a doença de seu paciente, como por exemplo, do câncer. Essa doença por ser muito grave, depende de tratamento muito profundo e, por vezes, agressivo. Logo, a quimioterapia é um dos tratamentos mais utilizado pelos médicos. No entanto, esse tratamento causa diversos efeitos colaterais, como a perda de cabelos, resistência imunológica muito baixa, que pode provocar outras doenças.

Assim, caso o médico não atinja a cura, só poderá ser responsabilizado por danos advindos, se for provada a sua negligência, imprudência ou imperícia.

É nesse mesmo sentido que entende o autor Silvio de Salvo Venosa (2002, p. 92), ao dizer que o médico não pode assegurar a cura, o resultado positivo do tratamento de seu paciente, no entanto, deverá aplicar toda diligência técnica para conseguir atingi-lo.

Porém, é necessário que o médico informe ao paciente e/ou à sua família todos os riscos que possivelmente poderão ocorrer em decorrência de determinado tratamento e a situação atual em que encontra o enfermo. Deve explicitar as conseqüências normais de determinada conduta.

Nesse tipo de obrigação, para que surja o dever de indenizar, deve ser provada pelo paciente a conduta ilícita do profissional, mostrando que, de alguma forma, o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia; demonstrando que não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

Assim é o que preleciona a jurisprudência pátria:

A obrigação médica não é de resultado; não assume o médico o dever de curar o paciente, de aplacar todos os seus males e de transformar-se em guardião absoluto da sua vida. É intuitivo que a obrigação é de meio, mas nem por isso está o médico desobrigado de esgotar os cuidados terapêuticos disponíveis ao seu alcance (TJRJ – 1ª C. – Ap. – Rel. Pedro Américo Rios Gonçalves – j. 27.9.94 – RT 723/435).

Logo, pelo entendimento jurisprudencial, por não ser de resultado a atividade médica, o médico só será responsabilizado se for comprovado que ele não esgotou os cuidados terapêuticos disponíveis ao seu alcance, agindo com imprudência, negligência ou imperícia.

4.2.4 De resultados

A obrigação é de resultado quando há o total comprometimento do médico em chegar a um determinado fim, caso contrário, não terá cumprido com a sua obrigação e deverá arcar com as conseqüências.

Não só em cirurgias plásticas estéticas, onde há o comprometimento do médico de chegar ao resultado desejado, como exemplo, deixar o rosto da paciente parecido com o da atriz Luana Piovani; mas também em transfusões de sangue, exames clínicos radiológicos e assemelhados, há a obrigação de resultado do médico, pois, nesses casos, o profissional obrigatoriamente deverá chegar ao resultado almejado, ou seja, como citado o exemplo da cirurgia plástica, se ficou acordado entre médico e paciente que o rosto dessa ficaria igual ao da atriz Luana Piovani, o resultado almejado por ela é ficar parecida com a atriz; assim, se o médico se propõe a alcançar esse resultado, é presumível a sua culpa caso não o atinja.

A jurisprudência pátria já julgou nesse sentido:

Indenização – Responsabilidade civil – Ato ilícito – Danos decorrentes de cirurgia plástica – Imprudência e negligência verificadas – Obrigação de resultado e não de meio – Recurso não provido (TJSP – Apelação Cível 280.361-1 – Assis – 3ª Câmara de Direito Privado – Rel. Ney Almada – 15-4-97 – v. u.)

Destarte, em se tratando de cirurgia plástica estética não resta qualquer dúvida de que a atividade médica é de resultado, devendo, portanto, o médico atingir o fim esperado pelo paciente e com ele compactuado.

Ainda, em casos de transfusão de sangue, o médico responsável a realizá-la deverá agir corretamente, analisando a compatibilidade do tipo sanguíneo do seu paciente e com o sangue ou material que será utilizado, para que não ocorra nenhum problema no organismo ou até mesmo, para que não lhe cause a morte.

Logo, se numa transfusão, o sangue está infectado pelo vírus HIV e o médico, com negligência e imprudência, não o analisa cuidadosamente, aplicando-o em seu paciente e infectando-o, nesse caso, não só o médico, mas também toda a equipe que trabalhou conjuntamente, ou seja, os enfermeiros e seus auxiliares, serão responsabilizados civilmente por danos materiais e morais.

Da mesma forma é o que dispõe o entendimento jurisprudencial:

Indenização – Dano Moral – Puro erro de exame – HIV – Seqüelas – Responsabilidade do autor do procedimento – Para caracterização do dano moral puro, que prescinde de prova, basta o sofrimento imposto pela falsa notícia, oriunda de exame defeituoso, de contaminação por doença maligna incurável, socialmente discriminada. E pelo universo de seqüelas decorrentes responde a instituição hospitalar que comprovadamente procedeu defeituosamente o teste respectivo (TJRS – AC 595.152.521 – 5º C. Cív. – Rel. Des. Luiz Gonzaga Pilla Hofmeister – j. 09.11.95).

Portanto, nesses tipos de exame sanguíneo, seja para fazer o teste HIV ou para realizar transfusão de sangue, o máximo de cuidado e atenção são devidos para que não ocorra nenhum erro e o médico e sua equipe não sejam responsabilizados solidariamente pelo dano.

Na obrigação de resultado, o ônus da prova se inverte, cabendo ao médico provar que não agiu com culpa ou que ocorreu um caso fortuito ou força maior; bastando ao paciente provar o inadimplemento do profissional.

Utilizando o mesmo exemplo da cirurgia plástica estética em que o médico assumiu o compromisso com sua paciente de deixá-la parecida com a atriz Luana Piovani, caberá ao profissional provar a ocorrência de um caso fortuito ou força maior que o impediu de atingir o resultado almejado, qual seja, deixar a paciente com a aparência da atriz.

Assim é o que entendem os nobres julgadores:

Direito Civil – Responsabilidade Civil por Erro Médico – Cirurgia plástica de natureza estética – Obrigação médica de resultado – A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese o contrato médico-paciente é de resultado, não de meios. A prestação do serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo profissional da medicina. Em sendo negativo esse resultado ocorre presunção de culpa do profissional. Presunção só afastada se ele prova inequívoca tenha agido observando estritamente os parâmetros científicos exigidos, decorrendo, o dano, de caso fortuito ou força maior, ou outra causa exonerativa o tenha causado, mesmo desvinculada possa ser à própria cirurgia ou posterior tratamento. Forma de indenização correta. Dano moral. Sua correta mensuração. (TJRS – AC 595068842 – 6º C. Cív. – Rel. Des. Osvaldo Stefanello – j. 10.10.95).

Logo, quando a atividade médica é de resultado resta tão somente ao profissional provar que, devido à ocorrência de caso fortuito ou força maior, foi impossível atingir o fim esperado.

O parâmetro para a presunção da culpa não é a existência de um contrato ou não, mas sim, o tipo de obrigação assumida pelo profissional com seu paciente.

Logo, nada mais justo que seja esse tipo de obrigação assumida, pois tira do prejudicado todo o encargo de ter que provar a culpa do profissional, cabendo a esse a tarefa de provar a sua não-culpa.

Ora, o paciente já se encontra prejudicado devido a danos ocorridos e ainda tem que provar que foi o profissional que atuou de forma culposa? Não parece ser a maneira mais correta de se proteger aqueles necessitados que não possuem condições financeiras e nem psicológicas para promover uma ação indenizatória, pois terá um trabalho muito árduo e, que, provavelmente, não terá nenhum êxito futuramente.

É nesse sentido que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, isto é, preserva a parte hipossuficiente, ou seja, a parte mais fraca num contrato de prestação de serviços. Exemplificando, numa relação fornecedor-consumidor, o Código protege a parte hipossuficiente do contrato (consumidor), invertendo então, o ônus da prova, cabendo ao fornecedor/prestador de serviços provar que não agiu com culpa.

4.2.5 Subjetiva

A responsabilidade subjetiva baseia-se no fato da vítima ter que provar o dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia) do agente, para que possa ser indenizada pelo dano ocorrido.

Para que haja a responsabilidade do médico, não é necessário que a culpa seja grave; basta ocorrer a culpa levíssima para que se faça cabível a reparação do dano.

De acordo com o trabalho monográfico, de Tatiana Descio Telles (2002, p. 53), “os defensores da culpa como elemento fundamental da responsabilidade civil afirmam que a culpa possui um efeito de moralidade, por isso inadmissível a concepção da responsabilidade senão nela fundada”.

Assim é o que já se decidiu no Tribunal de Justiça de São Paulo:

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

Logo, para o Tribunal paulista, assim como para outros órgãos de segunda instância, não se pode falar em responsabilidade civil médica se não estiver provada ou inexistir o elemento culpa, caracterizador da responsabilidade civil.

4.2.6 Objetiva

Na responsabilidade objetiva, ao contrário da anterior, não se exige prova da culpa para que haja a reparação do dano. A culpa é presumida pela lei ou sua comprovação é dispensada.

Dessa forma, é o que reza o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil (Lei 10.406/02), impondo o dever de reparar o dano, *independentemente* de culpa, nos casos previstos em lei ou quando a atividade do agente causador do dano, por sua natureza, implicar em risco para os direitos de outrem.

Nesse tipo de responsabilidade, há a inversão do ônus da prova, incumbindo ao autor do pedido de indenização provar apenas a ação ou omissão do agente e o resultado danoso.

Exemplo disso ocorre quando há o descumprimento de alguma norma legal ou quando a própria atividade realizada pelo agente causador do dano implica em risco aos direitos de outrem, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (Lei 10.406/02), impondo o dever de reparar o dano mesmo que tenha agido com culpa, como radiologia, na cirurgia plástica estética, embora, haja divergência doutrinária quanto a essa última.

Ainda, ocorre a responsabilidade objetiva quando, o hospital estadual ou particular, realiza, por exemplo, transfusão de sangue infectado, ou seja, independentemente de provar se houve culpa ou não, incidir-se-á a responsabilidade objetiva sobre a instituição, no caso de hospital público, ou sobre a empresa, em se tratando de hospital particular, devendo indenizar o paciente por todos os prejuízos causados.

Nesse sentido já julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Responsabilidade civil – Hospital – Morte de parturiente em virtude de infecção hospitalar – Procedência – O hospital responde, civilmente, pelos atos de seus médicos, integrantes do corpo clínico, e de seu pessoal auxiliar, agindo sob orientação daqueles, bem como pelo descumprimento de deveres inerentes à internação hospitalar (TJRS – 3º Gr. Cs. – EInfrs. 596057216 – j. 02.08.1996 – Revista de Direito do Consumidor, ed. Especial, Ed. RT, S. Paulo, abr.-jun./98, p. 279).

Portanto, de acordo com o entendimento jurisprudencial, o hospital, independentemente de culpa, deverá indenizar o paciente ou a sua família, caso ocorra o evento morte.

5. DO DANO COMO CONSEQÜÊNCIA DA CULPA MÉDICA

Na responsabilidade civil, crucial para a sociedade é a existência ou não de prejuízo experimentado pela vítima. Portanto, o dano é o principal elemento daqueles necessários à configuração da responsabilidade civil. O dano pode ser conceituado como toda diminuição de patrimônio.

Ressalte-se que, quando se fala em dano, o que se quer dizer é o resultado da lesão ou da injúria sobre o patrimônio moral ou material.

A atividade médica pode causar danos que afetam, de modo substancial, a vida do paciente, seja forma moral ou material. Logo, caso ocorra algum dano ao paciente, o médico estará obrigado a indenizá-lo.

5.1 Caracterização

Determinar a culpa médica é trabalho árduo, vez que é muito difícil identificar a causa e apontar o nexos causal entre ela e o dano sofrido pelo paciente. Disso decorre o fato de que o médico realiza sua profissão dentro da área biológica, não podendo prever um fim específico para determinado problema de saúde. Exemplo disso é quando o médico realiza uma intervenção cirúrgica no abdômen de um paciente, utilizando de todos os seus conhecimentos técnicos e científicos. No entanto, alguns dias após a cirurgia, o paciente torna-se vítima de um virulento processo infeccioso que o leva a óbito. O médico, nesse caso, não poderia prever esse fato que foge ao seu controle, sendo-lhe impossível fazer alguma coisa para evitar o acontecimento.

Dessa forma, fica difícil apontar a verdadeira causa do dano sofrido pelo paciente, mesmo que se realize perícia médica. Ainda há de se observar que fatores diversos podem interferir no resultado final sem que se recaia qualquer tipo de responsabilidade sobre o médico, pois esse não tem como evitá-los.

Assim, para que o profissional seja responsabilizado, faz-se necessário demonstrar clara e expressamente que a origem do dano está na inexecução da obrigação do médico.

Não se pode esquecer que a ação ou omissão do médico é um dos pressupostos de sua responsabilidade civil, portanto, é preciso mostrar que o dano proveio de uma ação positiva ou negativa do profissional, ou que o serviço por esse prestado foi mal executado.

Nesse sentido, é o que dispõem Sylvia Vendramini e Wagner Dias (2002, p. 50):

Não se pode imputar um fato a alguém que não pôde concorrer com sua consciência para a realização da obra. O agir é que deve ser subjetivamente determinado, não é o resultado, vez que em condutas culposas o resultado não é desejado, mas a ação é livremente construída na mente do sujeito, criando, assim, o necessário elo de resposta pelo dano causado.

Logo, para que surja o dever de indenizar pelo médico, torna-se necessária a existência de um dano ao paciente, seja de qualquer tipo ou espécie, lesionando o direito, à vida, à integridade física ou à saúde ou, lesionando um interesse legítimo, isto é, danos patrimoniais ou morais.

Os danos patrimoniais decorrem, geralmente, dos danos físicos (corporais), constituindo-se em despesas médico-hospitalares, remédios, lucros cessantes, entre outros.

Os danos morais são constituídos pela dor psicológica sofrida pelo paciente, isto é, a dor emocional sentida por ele ao saber que nada mais será como antes. Como por exemplo, tem-se o paciente que sofre pela amputação de uma perna devido à retirada errônea de um nervo essencial ao movimento dos membros inferiores pelo médico; a sua frustração em relação à impossibilidade de desenvolver qualquer tipo de atividade física que antes executava espontaneamente, como, fazer caminhada, dançar, jogar bola. Normalmente, essa espécie de dano está intimamente ligada aos direitos personalíssimos.

Verificada a existência do dano, deve-se atentar para o estado anterior do paciente, analisando-se diretamente a ação ou omissão do médico, conforme anteriormente exposto. Portanto, danos que não decorram de intervenção médica, não são indenizáveis pelo médico; nesse caso não há responsabilidade médica. É nesse entendimento que a jurisprudência pátria tem se baseado:

Responsabilidade civil - Indenização por dano médico – Agulha de sutura deixada no corpo do paciente – Instrumento de espessura e tamanho reduzidos – Irrelevância – Nexo causal comprovado – Danos morais evidenciados pela apreensão da autora, ciente da existência de corpo estranho em seu abdômen – Indenização majorada – Recurso provido para esse fim (TJSP – 6ª C. Dir. Privado – Ap. 98.039-4 – Rel. Munhoz Soares – j. 29.06.2000 – JTJ-LEX 234/126).

Logo, na hipótese do médico deixar uma agulha de sutura no corpo de seu paciente, está mais que comprovado o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado danoso; portanto, sem dúvida alguma, o médico é responsável por sua conduta danosa.

Ainda no mesmo sentido:

Indenização – Responsabilidade civil – Erro médico – Inocorrência – Patologia degenerativo-sistêmica, sem relação alguma com intervenção cirúrgica – verba indevida – Ação indenizatória julgada improcedente – Improvimento ao recurso – “Se não há relação causal entre a patologia incapacitante e a intervenção cirúrgica a que é atribuída, não procede a ação indenizatória por erro médico” (TJSP – 2ª C. Dir. Privado – Ap. 33.843-4 – Rel. Cezar Peluso – j. 18.08.1998 – TJT-Lex 217/154).

Conforme pode-se depreender desse acórdão, para que se possa exigir a reparação do dano, deve-se provar o nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano; logo, caso não seja provado, não há que se falar em responsabilidade civil médica. Se a patologia do paciente era pré-existente à intervenção cirúrgica e com essa apenas veio manifestar-se, não se pode falar em responsabilidade médica.

Assim, extrai-se dos entendimentos jurisprudenciais acima que haveria o dever de indenizar se ficasse provado o dano ao paciente e, ainda, que a ação ou omissão do médico tenha sido causa direta para o acontecimento.

5.2 Distinção entre Erro Médico e Erro Profissional

Antes de conceituar erro médico, necessário se faz distinguir saúde de doença: saúde é o bem estar do indivíduo no seu sentido mais amplo; enquanto que doença é tudo o que o afaste de tal situação.

Entendendo que o trabalho médico é amparado em procedimentos técnicos essenciais ao combate da doença, o erro médico seria, concludentemente, representado pela não obtenção daquele objetivo.

Na visão de Hildegard Giostri (1999, p. 136), “erro médico pode, então, ser entendido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”.

Portanto, o erro médico é a falha no exercício da profissão, advindo um mau resultado ou um resultado diferente do esperado, efetivando-se, através de conduta comissiva ou imperita, negligente ou imprudente

No entanto, ressalte-se que em determinados casos algum dano poderá ocorrer para tratar de um mal maior, como por exemplo, a quimioterapia em pacientes com câncer, que os deixa totalmente indispostos, atingindo, na maioria das vezes, os órgãos digestivos e o sistema imunológico e aumentando a possibilidade de contraírem mais doenças. Nessa hipótese, não há que se falar em erro médico, pois o meio utilizado pelo médico é o menos gravoso, pois embora a quimioterapia produza efeitos danosos ao organismo, é necessária para combater o câncer.

Há o erro médico quando a técnica aplicada é a adequada, no entanto, a atuação do médico é incorreta. Tal erro é civilmente punível, por denominar-se “erro inescusável”, não justificável; ensejando, então, o dever de reparar.

Exemplo de erro médico seria a do homem com perfeita saúde física que, após submeter-se à intervenção cirúrgica na perna, fica manco em decorrência do médico, erroneamente, ter extraído um pequeno pedaço do osso, sem possibilidade alguma de reversibilidade, levando a perda de três centímetros de seu membro inferior.

Assim, indubitavelmente, o médico será responsabilizado pela conduta danosa, pois, está claro o seu erro na intervenção cirúrgica ao ter extraído, desnecessariamente, um pedaço do osso da perna de seu paciente.

Sobre esse assunto, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Responsabilidade civil – Erro médico – Dano moral – Juros. Não se concebe, nem se admite, no estágio atual da Medicina, o descuido ou a incompetência médica às regras de sua arte, com isso comprometendo a vida do paciente. Tal conduta gera responsabilidade civil com recomposição econômica, dentro dos limites tracejados pela lei em face do dano causado à comunhão familiar.

O que se pode depreender da jurisprudência acima é que, havendo descuido ou incompetência do médico referente à sua atividade, será esse responsabilizado pela conduta danosa.

É no mesmo sentido que também se pronunciou o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

“O uso de bisturi elétrico antes da completa volatilização do álcool iodado aplicado na assepsia pré-cirúrgica, produzindo combustão e queimaduras em paciente, configura resultado previsível que evidencia culpa do médico” (TAMG – 2ª C. Crim. – Ap. – Rel. Herculano Rodrigues – j. 12.3.96 – RT 731/634)

Logo, o uso de aparelho cirúrgico sem a completa esterilização pode configurar a culpa do médico, pois dessa negligência poderá advir graves danos ao paciente, ensejando a reparação pelo médico que os ocasionou.

O erro profissional, por sua vez, ocorre quando o médico utiliza uma técnica inadequada, não muito boa, ou de resultado duvidoso. Significa que o médico aplica corretamente uma técnica ruim, embora aceita e preconizada.

Exemplo disso ocorre quando o médico utiliza, para o tratamento de acne, fortes ácidos no rosto de seu paciente, quando realmente o problema é hormonal, quando deveria curar, primeiramente, a irregularidade da taxa hormonal para, posteriormente, cuidar das manchas que permanecerem na face do paciente.

Esse erro é denominado “erro escusável”, isto é, constitui-se erro justificável em se tratando de técnica conhecida e utilizada, usualmente.

Contudo, não se confunde o erro profissional com imperícia, imprudência ou negligência. Aquele advém da imperfeição ou da incerteza da Medicina, visto que a imperfeição na ciência é uma realidade, e não da incapacidade ou negligência de quem a exercita, com exceção do erro grosseiro.

Exemplo ainda, de erro profissional é quando o médico deixa de realizar intervenção cirúrgica, no momento certo, em vítima de facada, por essa não apresentar nenhum sintoma ligado ao ferimento de órgãos maciços na cavidade abdominal. Posteriormente a vítima vem a falecer, em virtude dos órgãos internos terem sido atingidos profundamente, sem que, no entanto, o profissional não tenha observado esses ferimentos.

No entanto, independentemente de qualquer circunstância, o médico tem o compromisso de utilizar meios adequados, de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão.

Logo, agindo dolosa ou culposamente e disso resultando em erro médico, vindo o paciente a sofrer qualquer tipo de dano, nascerá o dever de indenizar.

5.3 Erro de Diagnóstico e Erro de Conduta

O diagnóstico consiste na determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas; assim, uma vez efetuadas todas as avaliações, far-se-á um juízo acerca do estado de saúde do paciente.

Tecnicamente falando, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado. No entanto, não se pode considerar o diagnóstico como um cálculo matemático, portanto, às vezes torna-se necessária uma extrema observação de que nem todo médico é dotado.

Conforme preceitua o doutrinador Rui Stoco (2001, p. 409), “o erro de diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, conforme estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro”.

Portanto, ocorrerá erro de diagnóstico se, por exemplo, o médico analisar ligeiramente a radiografia de seu paciente e não detectar qual o real problema dele, no entanto, qualquer profissional da área poderia diagnosticar a moléstia do paciente desde que analisasse as radiografias com mínimo de atenção.

Ainda, no mesmo sentido, aduz Antonio Jeová Santos (*apud* Stoco, 2001, p. 409):

O erro de diagnóstico responsabiliza o médico pelos danos que causar ao paciente, mas que esse erro deve ser grave e inescusável e verifica-se na prescrição de um tratamento inadequado ou a intervenção cirúrgica desnecessária.

Assim, o médico só será responsável em indenizar o paciente, pelo erro de diagnóstico, se ficar provada a ocorrência de algum dano. No entanto, o erro deve ser grave e injustificável, verificando-se, por exemplo, a prescrição de um tratamento inadequado ou ainda, a intervenção cirúrgica desnecessária para o caso concreto. Caso haja uma dessas hipóteses, a indenização será devida.

Estabelecer diagnóstico correto é tarefa extremamente insegura na atualidade, visto que são desconhecidas as causas de um terço das doenças catalogadas. Assim, determinar a responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico é de grande dificuldade, por se adentrar em campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente por não se admitir em termos absolutos a infalibilidade médica.

Porém, apesar disso tudo, o médico não pode incorrer em *erro de conduta*; pois, se o fizer, estará agindo com culpa, não por ter errado o diagnóstico, mas pela insistência na manutenção de uma conduta insatisfatória e inadequada, não resultando daí um benefício ao paciente, que seria a melhora em sua saúde.

Destarte, para averiguar a culpa do médico frente ao erro de diagnóstico, deve-se levar em conta a conduta do profissional, isto é, se houve a escolha de um tratamento inadequado à patologia, se o diagnóstico foi feito às pressas, se ocorreu erro grosseiro, ou seja, se o tratamento foi utilizado inadequadamente, atitude essa que qualquer médico prudente, atuando nas mesmas condições externas que o demandado, não utilizaria por ser de notável percepção o erro.

Logo, a questão deverá ser baseada pela regra geral: se, naquelas circunstâncias, com os meios de que dispunha, o profissional não se desviou crassamente da conduta prevista para aquele caso, inexistirá culpa – portanto, inexistirá o dever de indenizar; contudo, o contrário ocorrerá (dever de indenizar), se o médico não utilizou todos os recursos à sua disposição, como, por exemplo, não analisando cuidadosamente a doença de seu paciente, não realizando todos os exames necessários para elevar o grau de certeza diagnóstica, sem dúvida errou em sua conduta e, por isso, deverá ser responsabilizado civilmente.

5.4 Análise do Erro Médico

A análise, a verificação da ocorrência do erro médico é de extrema dificuldade aos operadores do Direito – e, de modo especial, aos aplicadores do Direito e, atualmente, essa dificuldade só vem aumentando, uma vez que as demandas indenizatórias crescem de maneira plausível.

Nessas demandas, os autores tentam mostrar de todas as formas as evidências de má-prática do profissional, ao passo que a parte contrária tenta demonstrar, respaldada em compêndios científicos e laudos periciais, que em momento algum afastou-se da Ciência Médica. Resta, portanto, ao juiz estabelecer se há culpa e se existe o nexo de causalidade entre a ação ou omissão médica e o resultado danoso ao paciente, tarefa esta, muito árdua.

O julgador valer-se-á, nessa etapa final, de todas as provas que as partes trouxeram aos autos e das informações que o próprio juízo determinou que fossem prestadas pelas partes e peritos.

Os meios de prova são os usuais, tais como: o depoimento pessoal do profissional; inquirição de testemunhas (dentre elas, as suspeitas e as impedidas); prova documental; informes (como notícias periódicas); inspeção judicial; presunções; prova pericial; a convicção e o convencimento do juiz.

Logo, sendo os indícios convincentes, deverá o juiz julgar procedente a demanda indenizatória, considerando o médico responsável pelo dano.

Sobrelevando-se as condições anteriores do paciente, a conduta médica e a consequência danosa, estabelecer-se-á a culpa. Assim, deve o julgador, se necessário, desconsiderar o laudo pericial e se deixar guiar pelo senso comum, concedendo o direito a quem é devido.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou estudar o instituto da responsabilidade civil com enfoque na responsabilidade civil decorrente do erro médico.

O tema é muito relevante, tendo em vista que o problema do erro médico já existe e é discutido desde o início da profissão médica.

A responsabilidade civil é o instituto aceito pelo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02), significando a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano causado a outrem, dano esse advindo da própria ação ou omissão, ou ainda, de fato ilícito causado por outrem, por quem se é responsável ou se responde em virtude de lei.

A norma do Código Civil que dispõe sobre a obrigação de indenizar está prevista no artigo 927, parágrafo único, dizendo que aquele que causar dano a outrem será obrigado a indenizar, independentemente, de culpa.

Logo, se o médico, no exercício regular de sua profissão, ocasionar danos ao seu paciente, será obrigado a indenizar, desde que fique provado o nexo de causalidade entre a conduta danosa e o resultado.

A natureza jurídica da relação entre médico e paciente é de deveras importante para a caracterização da responsabilidade civil do médico, por esse motivo demonstra-se a divergência doutrinária quanto a essa relação ser contratual ou extracontratual; em quais casos a responsabilidade do médico, na esfera civil, deve ser aferida objetiva ou subjetivamente e, quanto ao fim, em quais especialidades médicas a obrigação do médico pode ser de meio ou de resultado.

Na prática, a análise do erro médico é muito dificultosa aos operadores do Direito, em especial, aos aplicadores do Direito, uma vez que as demandas indenizatórias têm aumentado muito, embora, muitas pessoas ainda não procurem seus direitos e não exijam a indenização devida pelo prejuízo sofrido.

Para a verificação do erro médico, os juízes baseiam-se nas provas trazidas aos autos, como, por exemplo, a prova pericial, o depoimento do profissional e testemunhal.

Assim, se as provas forem convincentes, o juiz julgará procedente a ação, determinando que o médico indenize seu paciente pelo dano sofrido.

Portanto, pode-se depreender de todo o exposto, que o médico será obrigado a indenizar o paciente toda vez que ficar provada o seu erro no exercício de sua profissão, desde que fique evidenciado o liame de causalidade.

Com a inovação do Novo Código Civil (Lei 10.406/02), no parágrafo único do artigo 927, admite-se, hoje, a responsabilidade objetiva quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem.

Ora, a atividade médica, por sua própria natureza, implica em riscos para o direito de seu paciente, dentre eles, o mais importante é o direito à vida; logo, por esse artigo, o médico deverá ser responsabilizado objetivamente se causar danos ao paciente.

A arte médica é a arte da vida. Não se pode permitir que se banalize tal profissão, pois é ela a responsável pela cura e permanência da vida. Assim, não se pode deixar que um profissional de tão elevada sabedoria corrompa essa bela arte.

No entanto, os médicos são seres humanos e não deuses, logo estão sujeitos às falhas e, na maioria das vezes, às imprevisíveis trapaças do corpo humano. Fazer justiça sim, porém, não deturpar uma digna e extraordinária profissão.

Deseja-se apenas que, no exercício de sua profissão, que além de ofício, é arte, com mais acertos do que erros ajudem os seus próximos a terem uma qualidade de vida melhor, ainda que seja difícil, pois, além de uma vida boa, é o desejo de todos morrerem dignamente, com o valor que o ser humano possui, haja vista ser inspiração divina criada com muito zelo e complexidade; assim, não se pode deixar que o corpo e a vida humana se tornem “fantoques” nas mãos daqueles que não sabem manusear algo tão valioso e divino.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 718 – Agosto de 1995.
- AMARANTE, Aparecida. **Excludentes de ilicitude civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil, teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.
- COUTINHO, Léo Meyer. **Responsabilidade ética penal e civil do médico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- CROCE, Delton e JUNIOR, Delton Croce. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) São Paulo: Saraiva, 2002.
- FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.
- FUKUDA, Érika Yumi. **Responsabilidade civil do cirurgião plástico**. 2002. 52 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência**. 6. ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GONZAGA, Vair. **Da Indenização**. Leme: Editora de Direito, 1997.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

KICH, Bruno Canísio. **Responsabilidade civil: teoria, legislação e jurisprudência.** Campinas: Agá Júris, 1999.

LIMA, Alvino. **A Responsabilidade civil pelo fato de outrem.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética.** Leme: Editora de Direito, 1997.

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

MONTALVÃO, A. Siqueira. **Erro médico – Reparação do dano material e moral.** Vol. I, Campinas: Julex, 1998.

MONTALVÃO, A. Siqueira. **Erro médico – teoria, legislação e jurisprudência.** Vol. I, Campinas: Julex, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** 6. ed. atual São Paulo: Saraiva, 2001.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Dano moral.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade civil dos médicos.** São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral.** São Paulo: Editora de Direito, 1997.

SANTOS, Ozéias de Jesus. **Reparação do dano moral.** 2. ed. Campinas: Julex, 1998.

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

SILVA, Américo Luís Martins. **O Dano moral e a sua reparação civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Tutelas de urgência na reparação do dano moral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TELLES, Tatiana Descio. **Da Responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas**. 2002. 116 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Contratos em espécie e responsabilidade civil**. Vol. III, São Paulo: Atlas, 2001.