

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde

JULIA MAGALHÃES ANGELIM

Rio de Janeiro

2018/1º Semestre

JULIA MAGALHÃES ANGELIM

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO:

Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Juliana de Souza Gomes Lage.**

Rio de Janeiro
2018/1º Semestre

JULIA MAGALHÃES ANGELIM

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO:

Uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Juliana de Souza Gomes Lage.**

Data da Aprovação: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018/1º Semestre

RESUMO

Esta monografia tem como escopo discorrer sobre a responsabilidade civil, com enfoque no erro médico. Em primeiro momento, será estudada a trajetória histórica do instituto e sua presença no Direito brasileiro. Em seguida, a natureza contratual dos serviços médicos será abordada, analisando-se a natureza jurídica e as obrigações de meio e resultado, mencionando, ainda, a teoria geral das obrigações. Na sequência, falará especificamente sobre a responsabilidade de médicos, clínicas, hospitais e similares, investigando excludentes de responsabilidade, a culpa e suas modalidades e os direitos e deveres do médico. Por fim, com casos concretos e jurisprudências, a vulnerabilidade do profissional da saúde será apreciada e analisada.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Erro Médico; Vulnerabilidade; Hipossuficiência.

ABSTRACT

This paper aims to discuss civil liability, focusing on medical error. In the first moment, it will be studied the historical trajectory of the institute and its presence in the Brazilian Law. Then, the contractual nature of the medical services will be addressed, analyzing the legal nature and the obligations of means and result, also mentioning the general theory of obligations. Next, it will specifically address the responsibility of doctors, clinics, hospitals, and the like, investigating exclusions of liability, guilt and its modalities, and the rights and duties of the doctors. Finally, with specific cases and jurisprudence, the vulnerability of the health professional will be assessed and analyzed.

Keywords: Civil Liability; Medical Error; Vulnerability; Weakness.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL.....	10
3. HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	12
4. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
4.1 CONCEITO.....	14
4.2 FUNÇÃO SOCIAL.....	15
4.3 ESPÉCIES.....	16
4.3.1 Contratual e Extracontratual.....	16
4.3.2 Objetiva e Subjetiva.....	17
4.3.3 Direta e Indireta.....	20
4.4 PRESSUPOSTOS.....	22
4.4.1 Conduta Humana.....	22
4.4.2 Dano.....	23
4.4.3 Nexo de Causalidade.....	26
4.5 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E TEORIA <i>RES IPSA LOQUITUR</i>	28
4.6 RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	30
5. NATUREZA CONTRATUAL DOS SERVIÇOS MÉDICOS.....	32
5.1 TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES.....	32
5.2 A NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO.....	32
5.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.....	34
5.4 OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA.....	35
6. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	37
6.1 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E A CULPA PROVADA.....	37
6.2 IMPRUDENCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA.....	38
6.3 ERRO GROSSEIRO E ERRO ESCUSÁVEL.....	40
6.4 DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO.....	41
6.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	43
6.5.1 Iatrogenia.....	43
6.5.2 Fato de Terceiro.....	44
6.5.3 Intercorrência Médica.....	45
6.5.4 Culpa Exclusiva da Vítima.....	46
6.5.5 Caso Fortuito e Força Maior.....	46

6.5.6 Cláusula de Não Indenizar.....	48
7. RESPONSABILIDADE DAS CLINICAS, HOSPITAIS E SIMILARES.....	49
8. O MÉDICO E SUA VULNERABILIDADE NO CASO CONCRETO.....	52
9. CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

Sob pena de tornar-se inábil e ineficaz a gerir as relações que são estabelecidas entre sujeitos de determinada sociedade, o Direito tem a obrigação de ser atual e seguir moldes de acordo com a realidade em que se encontra.

Desde o início da vida em sociedade, o ser humano passou a incorporar técnicas de diagnósticos e cura dos males que flagelavam sua vida, fazendo com que a humanidade passasse a enxergar os médicos como deuses ou seres com divindades. Nos dias atuais, a imagem do médico como criatura poderosa e divina tornou-se obsoleta na medida em que a sociedade passou a ter consciência de seus direitos, buscando-os incansavelmente, mesmo que na esfera judiciária.

Em razão do considerável avanço que se deu na área da Medicina e ao progresso científico sucedido nas últimas décadas, a probabilidade de ocorrer o chamado “erro médico” aumentou; de um lado, existe o dano causado à saúde e à vida do paciente e, de outro lado, um profissional, humano passível de erros, mesmo que todas as medidas cabíveis tenham sido tomadas no realizar de sua atividade.

A atividade médica é estritamente ligada à saúde, a fim de que tudo corra bem com o principal bem jurídico tutelado pela Carta Magna: a vida. Logo, a análise da responsabilidade civil do médico em relação a possíveis erros que possam acontecer no exercício de sua profissão é de extrema importância – erros esses que podem suscitar em danos mortais e insupríveis à vida do paciente e, por consequência, a responsabilização daquele que os gerou.

Isto posto, encontra-se profissionais temerosos com o exercer de sua atividade em razão das demandas indenizatórias que correm o risco de sofrer. Soma-se a essa atitude defensiva o fato de que, nos dias atuais, o Código de Defesa do Consumidor é a legislação que rege as relações estabelecidas entre médicos e pacientes – leis protetivas ao consumidor, parte hipossuficiente e vulnerável por essência.

O presente trabalho tem como objetivo a análise da problemática do erro médico, assunto frequente e controvertido, para fins de responsabilidade civil sob uma perspectiva que não a usualmente utilizada: casos em que o médico, e não só o paciente, será igualmente

vulnerável frente aos obstáculos que a aleatoriedade e a abstração inerentes ao organismo humano são capazes de gerar.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

A ideia de responsabilidade como gênero vai sempre resultar num exame de conduta instintiva transgressora de um dever jurídico. Sob tal preceito, a responsabilidade pode ser de várias naturezas, ainda que com o mesmo conceito.

A responsabilidade civil delimita-se no desfalque patrimonial de alguém e preocupa-se somente com o restabelecimento da ordem perturbada pelo dano – patrimonial ou extrapatrimonial. Quando se descumprem regras tipificadas como crime na lei federal, diz-se que o agente tem responsabilidade penal; esta não guarda preocupações com o restabelecimento da ordem moral ou econômica do lesado. A ação repressiva do ordenamento jurídico tem como objetivo o dano causado à sociedade e não ao particular, haja vista que este é parte daquele.

Marco Aurélio Bezerra de Melo¹ explica

Os bens jurídicos tutelados na responsabilidade penal guardam relação com os valores fundamentais para a coexistência do corpo social como vida, liberdade, patrimônio, integridade física e moral, enquanto que na responsabilidade civil a tutela do cidadão está vinculada principalmente à garantia da reparação de um mal sofrido injustamente, seja porque atingiu o patrimônio, seja porque vulnerou valores inerentes à personalidade como dignidade, imagem e honra (...) durante muito tempo tais responsabilidades – civil e penal – caminharam juntas, como, por exemplo, na lei romana *damnum iniuria datum*, ou por aqui, quando vigorou o Código Criminal do Império (1830), que estabeleceu tipos penais, os mais variados, mas destinou um capítulo inteiro para a reparação civil de cunho patrimonial. Nos tempos que correm há uma autonomia relativa entre as duas responsabilidades, como se pode ver no artigo 935 do Código Civil: “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Conforme artigo 5, XXXIX, CF², o Princípio *Nula Poena Sine Lege* será a base da responsabilidade penal, logo, não haverá crime ou pena sem lei que os defina anteriormente.

¹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 17.

Com isso, o legislador junta nos Códigos Penais os crimes que são prejudiciais à paz social e que irão acarretar ao agente responsabilidade penal. Na esfera cível, qualquer ação ou omissão que lese ou cause algum prejuízo a terceiros pode gerar responsabilidade civil.

No Brasil as jurisdições civil e penal são independentes. Entretanto, algumas situações trarão a decisão penal refletida na decisão cível.

Silvio de Salvo Venosa³ disserta que

De início há um divisor de águas entre a responsabilidade penal e a civil (...) Como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, em princípio da responsabilidade penal ocasiona o dever de indenizar. Por essa razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos arts. 91, I, do Código Penal e 63 do CPP.

Logo, tal separação torna-se relativa visto que, quando o juízo penal decidir por vez sobre a existência do fato e seu autor, tal circunstância produzirá efeitos no juízo cível. Contudo, alguém que foi absolvido da instância penal por falta de justa causa poderá ser condenado a indenizar o dano, conforme os ensinamentos do direito processual civil.

Portanto, a mesma conduta ou ato pode caracterizar tanto um ilícito civil quanto um crime. No direito privado, foca-se na reparação do dano em prol da vítima; no direito penal, que são normas de direito público, busca-se a condenação e a melhor adaptação social em prol da sociedade. Quando ambas ações colidem, haverão dois acossamentos: um em favor da sociedade e outro a favor dos direitos individuais da vítima.

² Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX: não há crime anterior sem lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 464.

HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que haja total compreensão do instituto que será tratado, a análise das principais contribuições das antigas sociedades é de grande importância. Sobre o atual conceito de Responsabilidade Civil, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴ assertam

Para a nossa cultura ocidental, toda reflexão, por mais breve que seja, sobre raízes históricas de um instituto, acaba encontrando seu ponto de partida no Direito Romano.

Nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido.

É dessa visão de delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou exclui-la quando sem justificativa. Trata-se da pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas.

Ressalte-se que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização dos institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos juriconsultos e constituições imperiais.

Há, porém, ainda na própria lei mencionada, perspectivas da evolução do instituto, ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens.

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

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 10-13

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.

Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário da coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual.

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande monumento legislativo da ideia moderna, a saber, o Código Civil brasileiro de 1916.

Todavia, tal teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida comum, na imensa gama de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico.

Assim, num fenômeno dialético, praticamente autopoietico, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação no conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.

Tais teorias, inclusive, passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, o que foi adotado até pelo novo Código Civil brasileiro.

Diante disso, a compreende-se que o avanço que a Responsabilidade Civil obteve no durante o tempo foi surpreendente, demonstrando que o Direito busca sempre se enquadrar às novas verdades e parcimônias sociais.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Conceito

José de Aguiar Dias⁵ diz que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar seu verdadeiro conceito, que varia tanto quanto os aspectos que pode abranger”. O vocábulo “responsabilidade” tem sua origem no latim com a palavra *respondere*, que transmite a ideia de restituição ou compensação – de responsabilizar o lesante por seus atos danosos.

A Responsabilidade Civil foi conceituada por Silvio Rodrigues⁶ como “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependem”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷ pontuam que

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano).

Um desequilíbrio social é provocado pelo dano civil e sua reparação é necessária para o retorno à normalidade. Feitas essas considerações, define-se responsabilidade civil como a obrigação de reparar um dano material ou moral realizado ao ofendido quando o ofensor não observou o dever jurídico legal ou convencional.

Marco Aurélio Bezerra de Melo⁸ destaca que

⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994.

⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V4. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 6

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. V3. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 46.

⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 2.

O ressarcimento sempre terá cunho patrimonial; (...) será necessário o arbitramento de uma verba pecuniária de dano moral, o que nos leva a concluir que a responsabilidade civil, conquanto tutele aspectos fundamentais da dignidade humana, insere-se no ramo do direito civil patrimonial.

É certo afirmar, portanto, que quando houver descumprimento da obrigação primitiva - gerando à vítima o dever secundário de reparar ou compensar o dano – haverá responsabilidade civil.

4.2 Função social

O instituto da responsabilidade civil apresenta três principais funções sociais que serão analisadas neste trabalho: função compensatória para a vítima; função punitiva para o ofensor; e desmotivadora social da conduta lesada.

A função compensatória, indenizatória ou ressarcitória da responsabilidade civil é prevista no Código Civil em seu artigo 927⁹, que assegura a reparação do prejuízo material ou uma compensação pecuniária pela ofensa à dignidade ao lesado. Impera mencionar que, por função compensatória, inclui-se a compensação *in natura*: busca-se assegurar ao lesado a execução direta daquilo que foi negado pelo procedimento injusto. Tal fundamento encontra-se no artigo 947, do Código Civil, onde diz claramente que “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

A função punitiva objetiva punir o lesante pelo desleixo e falta de atenção aos seus atos praticados, bem como persuadi-lo a não incorrer em práticas abusivas – assim, o infrator tomará condutas mais cautelosas na vivência em sociedade e evitará causar danos a terceiros.

⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

André Gustavo Correia Andrade¹⁰ diz

A indenização punitiva, fixada em valores suficientes para desestimular a prática de condutas lesivas ou antissociais e empregadas de forma sistemática, pode contribuir para a redução das ofensas aos direitos mais caros ao homem. Além disso, atende a um imperativo ético, introduzindo um critério de justiça no âmbito da responsabilidade civil.

Todavia, por alguns doutrinadores não é considerada a função primordial na reparação civil. Wilson Melo da Silva¹¹ posicionava-se contrário ao caráter punitivo e concluiu que o delito civil somente poderia ter uma sanção punitiva quando houvesse, além de outros aspectos da responsabilidade penal, lei específica definindo tipo e pena.

A responsabilidade civil busca em sua função desmotivadora inibir que demais pessoas venham praticar condutas lesivas, mostrando à coletividade que condutas similares às que causam dano não serão permitidas em meio à sociedade.

Preenchendo os principais critérios sociais, o papel da responsabilidade civil no ordenamento jurídico é realizado, permitindo que haja equilíbrio e harmonia entre as relações sociais.

4.3 Espécies

4.3.1 Contratual e Extracontratual

O contratante que não cumprir com suas obrigações, numa relação jurídica contratual, em virtude de sua inadimplência, terá de indenizar o outro – a obrigação de indenizar aparecerá somente quando uma das partes contratantes não adimplir parte ou todo o contrato.

A responsabilidade contratual caracteriza-se pela presença de um contrato existente entre as partes – agente e vítima. Como o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução

¹⁰ ANDRADE, André Gustavo Correia. **Dano Moral e Indenização Punitiva. Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 316.

¹¹ SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua Reparação.** Rio de Janeiro: Forense, 1955. P. 346.

também será: a violação de uma obrigação anterior é o que caracteriza a responsabilidade civil contratual. O artigo 389 do Código Civil dispõe que “não cumprindo a obrigação (...) responde o devedor por perdas e danos”. O agente causador do inadimplemento contratual será o incumbido de provar que não houve descumprimento das cláusulas contratuais.

Na responsabilidade civil extracontratual, não há vínculo contratual entre agente e vítima, mas existe um vínculo legal. O agente, por omissão ou ação, causará um dano à vítima por conta do descumprimento de um dever legal. O Código Civil, em seu artigo 186, conceitua “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Na responsabilidade extracontratual, cabe à vítima ou ao queixoso demonstrar os requisitos caracterizadores entre o comportamento do agente e o dano que foi sofrido.

Impera dizer que, a culpa surgindo da quebra do contrato ou de uma infração à lei, surgirá a obrigação de indenizar o queixoso. O efeito principal de ambas as responsabilidades será a obrigação de indenização à vítima, o que irá diferenciar será a quem cabe o ônus da prova. Entretanto, na existência do contrato, na sua esfera será apurado o inadimplemento parcial ou mora, ou o inadimplemento total ou descumprimento. Por outro lado, não havendo contrato, será na ação do agente que a culpa deve ser aferida.

Ainda que exista contrato, em qualquer responsabilidade profissional, haverá um campo de conduta profissional a ser examinado, independentemente de existência de convenção. Isto posto, as responsabilidades contratual e extracontratual surgem, em sua maioria, simultaneamente.

4.3.2 Objetiva e Subjetiva

O direito brasileiro concebe duas espécies de responsabilidade civil: a objetiva e a subjetiva.

A responsabilidade objetiva relaciona-se ao risco. Tenha o agente agido com dolo ou culpa, haverá o dever de indenizar, o que faz com que a referência de culpa ou dolo não tenha muita relevância no momento. O Código Civil traz, no parágrafo único do seu artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, *in verbis*

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

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

A teoria do risco foi criada pelos juristas em busca da fundamentação da responsabilidade objetiva e compreende que, se uma atividade criadora de perigos especiais for exercida, caso ocorram danos a outrem, o agente deverá responder. Alguns doutrinadores, como Sergio Cavaliere Filho e Silvio de Salvo Venosa, trazem algumas distinções dos tipos de risco. São eles:

- a) Risco proveito: aquele que busca tirar proveito da atividade danosa será responsabilizado, baseando-se no preceito *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet* - quem aufere o bônus, deve suportar o bônus.
- b) Risco excepcional: sempre que o dano for consequência de um risco excepcional – que escapa à atividade comum da vítima – a reparação deve ser feita.
- c) Risco profissional: o dever de indenizar ocorre quando o fato prejudicial surge da atividade ou profissão do lesado.
- d) Risco criado: quando o agente, em razão da sua atividade ou profissão, cria um perigo e deve reparar o dano que causar, salvo exceções onde provar que obedeceu às medidas idôneas para evita-lo.
- e) Risco integral: é uma modalidade extremada da teoria do risco, onde, até quando inexistente o nexo causal, o agente se obriga a reparar o dano causado. No ordenamento jurídico, há três hipóteses de risco integral: dano ambiental (art. 225, §3º, CFRB), seguro obrigatório (art. 5, Lei 6.194/74) e danos nucleares (art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, CFRB).

No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o Código de Defesa do Consumidor como exemplo mais recente da responsabilidade objetiva. Sergio Cavalieri Filho¹² diz que a Lei 8.078/90 introduziu uma nova área na responsabilidade no direito brasileiro: a responsabilidade nas relações de consumo.

O risco falado pelo Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 12 e 14, caput¹³, liga-se ao dever jurídico de respeitar a integridade – física, patrimonial e psíquica - da vítima. Nascerá para o lesado o direito à indenização, em caso de violação de dever jurídico, e, para o detentor da atividade, o dever de indenizar em razão da sua atividade. Nessas situações, a culpa do agente não é algo discutido, bastando à vítima demonstrar a ocorrência do dano e nexo de causalidade para fazer nascer o dever do agente de indenizar.

Cabe esclarecer que o dever de indenizar no diploma legal decorre dos danos que uma atividade perigosa possa vir a desencadear. Independentemente da culpa do agente, o que a lei procurar assegurar é que haja uma integral indenização à vítima.

Na responsabilidade subjetiva, a responsabilidade só se configura quando há presença da culpa ou dolo. Portanto, para que surja o dever de indenizar o dano, é indispensável que se prove a culpa do agente – não havendo culpa, não existe dever de indenizar.

Esta teoria está no Código Civil, em seu artigo 186, onde “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”. Para alegar a responsabilidade subjetiva, a vítima tem o ônus de provar a culpa do agente, o nexo causal que existe entre conduta do agente e dano causado e o dano sofrido.

¹² CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 28.

¹³ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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

Um exemplo ocorre quando há provas de que houve negligência do médico por não querer prescrever medicamentos a um paciente e este veio a falecer. Está clara a existência da culpa profissional e sua responsabilidade subjetiva, pois de sua negligência causou-se a morte do paciente.

No Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º¹⁴, é preceituado que a responsabilidade civil dos profissionais liberais deve ser fixada mediante a apuração de culpa. Nesses casos, portanto, a responsabilidade será subjetiva, caracterizando uma exceção à regra da lei consumerista. Por profissional liberal, entende-se o prestador de serviço que atua em nome próprio, sem vínculo de subordinação com aquele que o remunera e faz de sua profissão uma ferramenta de trabalho e de sobrevivência.

Dessa forma, além da demonstração do dano e do nexo causal, em qualquer ação manejada contra profissional liberal se exigirá seu proponente em qualquer de suas modalidades – negligência, imprudência e imperícia. Verifica-se que quem pode beneficiar-se da exceção legislativa do Código de Defesa do Consumidor, não se estendendo tal preceito às pessoas jurídicas que estejam vinculadas ou prestem serviço, é o profissional que age em nome próprio.

4.3.3 Direta e Indireta

A primeira ideia de responsabilidade que aflora dentro do conceito de justiça é fazer com que o próprio causador do dano responda pela reparação do dano.

Quando o ato que causa o dano é realizado pelo agente, sua responsabilidade será direta e este deverá responder pela consequência do seu ato. Trata-se de responsabilidade por fato próprio e deriva diretamente do agente, que foi o causador do dano. O nexo de causalidade e o dano devem ser provados quando a ação ou omissão da pessoa imputada causa prejuízo ou viola direito de outrem.

¹⁴ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No entanto, muitas situações de prejuízos não seriam reparadas se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização. Em situações descritas na lei, os ordenamentos permitem que terceiros sejam responsabilizados pela restituição do prejuízo mesmo que não tenham concorrido diretamente pelo evento. Para que haja a responsabilização de outra pessoa, é necessário que alguns vínculos sejam estabelecidos e algumas regras sejam seguidas, vide a seguinte ação civil

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM - PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação - nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos - pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples. 4. O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos. 5. Recurso especial não provido. (grifou-se)¹⁵

Trata-se de presunção relativa de culpa derivada da lei. A vítima deve provar a culpa do agente causador do prejuízo, não se tratando, portanto, de responsabilidade sem culpa.

¹⁵ STJ - REsp: 1436401 MG 2013/0351714-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2017

Sergio Cavaliere Filho¹⁶ indica

Em apertada síntese, a responsabilidade pelo fato de outrem constitui-se pela infração do dever de vigilância. Não se trata, em outras palavras, de responsabilidade por fato alheio, mas por fato próprio decorrente do dever de vigilância. Por isso, alguns autores preferem falar em responsabilidade por infração dos deveres de vigilância, em lugar de responsabilidade por fato de outrem.

4.4 Pressupostos

4.4.1 Conduta humana

É o ato que gera a obrigação de reparação. Trata-se de um comportamento voluntário que, através de uma ação ou omissão, se exterioriza, produzindo resultado danoso e consequências jurídicas.

Maria Helena Diniz¹⁷ conceitua

O ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (...) A responsabilidade decorrente do ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁸, sobre a voluntariedade, ensinam

A voluntariedade, que é a pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de

¹⁶ CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 187.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 56.

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. V. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 74.

responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

4.4.2 Dano

Marco Aurélio Bezerra de Melo¹⁹ disserta que

O dano não é apenas lesão a um direito abstratamente considerado, mas sim um interesse que diante do caso concreto justifique a reparação civil, seja ela patrimonial ou por ofensa a valores existenciais, causando o chamado dano moral. Isso porque às vezes as pessoas veem-se na contingência de suportar incômodos, restrições, perdas de tempo e até de patrimônio em razão de um interesse superior de natureza coletiva, como proteção à vida, aos direitos difusos do consumidor ou ao meio ambiente.

O conceito de dano que será visto nesse trabalho será o do dano indenizável, o dano que não possui relação causal com exclusiva com fenômenos naturais. Tradicionalmente, o dano tem a modalidade patrimonial e moral, porém, outras modalidades de dano foram aceitas devido à influência direta do texto constitucional a fim de tutelar a dignidade da pessoa humana e a sociedade.

Impera destacar um enunciado da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal reconheceu que a correção de danos sociais e coletivos deve ser realizada. A decisão diz:

DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO- MEDIDA

¹⁹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 59.

DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o **cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente**. II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. (grifou-se)²⁰

As principais modalidades de dano existente atualmente, com base na doutrina e jurisprudência, são:

- a) Dano material: é o prejuízo patrimonial causado à parte lesada pelo ato. Divide-se ainda em danos emergentes – referentes à perda da vítima por causa da conduta – e lucros cessantes – o que o lesado deixou de lucrar.
- b) Dano moral: é a violação a um estado psíquico do indivíduo. Carlos Roberto Gonçalves²¹ assevera que “é a lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos arts. 1º, III²², V e X²³, da Constituição Federal”. O STJ entende que a indenização deve ser fixada pelo juiz em observância das funções de ressarcimento e a educativa.

²⁰ STJ, 3ª Turma., REsp 1221756/RJ. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data de Julgamento e de publicação: 10/02/2012

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 200. v. IV. P. 359.

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

c) Dano existencial: visa a proteção da vida humana e do projeto de vida. Apesar de ter o conceito bem próximo ao dano moral, a diferenciação é possível, uma vez que este vincula-se ao sofrimento psicológico causado pelo ato danoso, ao aspecto subjetivo, enquanto aquele decorre de modificação do comportamento do indivíduo, que se vê obrigado a lidar com uma perspectiva não desejada.

Sebastião de Assis Neto²⁴ apresenta um exemplo de fácil percepção deste instituto:

Num caso hipotético, que uma incapaz (menor de idade) seja estuprada e que desse estupro resulte gravidez. Seu projeto de vida era o de se tornar missionária de uma determinada religião, com imposição de castidade e inexistência de prole. Em caso de incapaz, o inciso II do art. 128 do Código Penal exige que o aborto seja precedido de consentimento de seu representante legal. Esse representante, no entanto, não dá seu consentimento e, ainda, impede que a filha procure meios judiciais para supri-lo. Causou-lhe, portanto, claramente, dano ao projeto de vida, que se enquadra como dano existencial.

A indenização por danos existenciais vem sendo aplicada por cortes trabalhistas em casos de jornadas laborais excessivas, como foi o seguinte julgado do TST:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO A JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo

propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²⁴ ASSIS NETO, Sebastião de; Jesus, Marcelo de; Melo, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 4.Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015

capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. (grifou-se)²⁵

d) Dano social: decorre de atitudes e comportamentos que causam uma queda no nível da vida coletiva. São diferentes dos danos morais coletivos porque estes atingem direitos de personalidade de pessoas certas, já o dano social atinge a sociedade como um todo. A condenação em danos sociais só será possível se houver pedido expresso em demanda coletiva²⁶. O Enunciado 455²⁷ reconhece a existência do instituto e disserta que

A expressão “dano” no artigo 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

4.4.3 Nexo de Causalidade

O dano indenizável só existe quando há relação de causa e efeito entre o descumprimento da obrigação e o prejuízo sofrido pelo credor. No Código Civil Brasileiro, com a adoção da teoria do risco nas legislações esparsas, há grande importância no estudo do nexo causal. De acordo com tal teoria, o dano e o nexo causal – que devem ser provados pela vítima – são os pressupostos da responsabilização.

Marco Aurélio Bezerra de Melo²⁸ pontua

O nexo causal é um elemento vital para o bom entendimento da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, pois, para se responsabilizar alguém, importa que se estabeleça um elo, uma ponte, uma ligação lógica entre este e o fato jurídico que o ensejou.

²⁵ TST, 4ª Turma - RR: 14439420125150010, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 15/04/2015. Data de Publicação: DEJT 17/04/2015

²⁶ Informativo 552. Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014.

²⁷ V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal

²⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 203

Nohemias Domingos de Melo²⁹ conceitua

O nexu causal é a relação de causa e efeito que liga o dano ao causador (responsabilidade subjetiva) ou ao responsável pela atividade (responsabilidade objetiva). Causa é o acontecimento que, sem sua ocorrência, o dano não existiria. Pela sua importância, na responsabilização do dever indenizatório, deve ser o primeiro pressuposto sobre o qual se deve debruçar aquele que pretenda interpor qualquer ação de responsabilidade civil.

Sérgio Cavalieri Filho³⁰, sobre a complexidade da matéria, observa

Quando o resultado decorre de um fato simples, a questão não oferece a menor dificuldade, porquanto a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. (...) O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre delas é a causa real do resultado.

A fim de explicar o melhor método de se aferir o nexu causal, surgiram três teorias aceitas pela doutrina e jurisprudência:

- a) Teoria da Causalidade Adequada: prevista pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 403, é a teoria defendida pela parte majoritária dos doutrinadores, entre eles Martinho Garcez Neto, Caio Mário da Silva Pereira, Roberto Senise Lisboa e Nohemias Domingos de Melo. Nessa teoria, para fins de responsabilização civil, apenas a causa principal e a condição apropriada à ocorrência do evento são os elementos de importância – apenas aquilo que se demonstrou imprescindível para a concretização do resultado integra o nexu de causalidade.
- b) Teoria da Equivalência das Condições: defende que todos os fatores que participaram para a produção do resultado danoso devem ser consideradas como causa. Para fins de imputação de responsabilidade civil, qualquer das causas pode ser considerada eficiente para geração do dano. Logo, a causa tem condição *sine qua non* para verificação do resultado.

²⁹ MELO, Nohemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 53

³⁰ CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. P. 58.

c) Teoria da Relação Causal Imediata: uma pessoa somente será responsável se sua conduta proporcionar, de forma direta e imediata, prejuízo à vítima. Alguns autores, como Carlos Roberto Gonçalves e Agostinho Alvim, defendem que esta é a teoria adotada pelo atual Código Civil.

4.5 Teoria da Perda de uma Chance e Teoria *Res Ipsa Loquitur*

Como forma de desviar as vítimas dos obstáculos de provar o erro médico, foram criadas essas teorias que criam uma presunção de culpa contra o profissional e a favor da vítima. Tanto a teoria francesa da perda de uma chance quanto a norte-americana da *res ipsa loquitur* foram desenvolvidas como forma de superação da dificuldade de provar-se a culpa médica através do uso do pensamento lógico do juiz.

A Teoria da Perda de uma Chance surgiu na França e segue a linha de que o autor da injúria será responsabilizado quando impossibilitar alguém de obter uma vantagem ou priva-la de evitar prejuízo. Não se trata de prejuízo direto à vítima, mas de uma probabilidade.

Nehemias Domingos de Melo³¹, sobre a relação médico e paciente, ensina

Possibilita ao lesado o suporte jurídico necessário para pleitear indenizações em caso de frustração do atendimento médico que a possa ter privado de alguma chance de obter ou buscar a cura. Para sua procedência, é preciso que estejam devidamente configuradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade de cura e sua relação de causalidade direta com os atos praticados pelo médico desidioso.

A obrigação do médico perante o paciente não é de cura, mas de utilizar todo seu conhecimento e propiciar as chances de conseguir cura ou sobrevivência. Quando os cuidados do profissional são falhos e geram a perda da conjuntura que a vítima teria de se curar ou sobreviver, torna-se inevitável a responsabilização do mesmo, pois o paciente não teve oportunidade de ser tratado impecavelmente e em tempo certo, visto que suas chances foram diminuídas.

³¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 25

Em ação ajuizada que se fundamenta que o prejuízo provocado pelo médico decorreu de negligência e causou a perda da oportunidade de cura, cabe ao juiz reconhecer que a perda da chance realmente aconteceu. Via de regra, a indenização cabível à vítima não será integral. Será parcial, visto que não há certeza absoluta, mas uma possibilidade.

Nesse viés, cabe trazer uma decisão do Superior Tribunal de Justiça

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. **IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE.** REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, **na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho.** Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (grifou-se)³²

A relatora do caso, ministra Nancy Andrighi, aplicou a teoria da perda da chance, defendendo que

³² STJ, 3ª Turma., REsp 1254141 – PR (2011/0078939-4). Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 04/12/2012.

Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida. (Fl 11)

A teoria *Res Ipsa Loquitur* pode ser traduzida como “a coisa fala por si mesma”. O Magistrado a utiliza quando o existe dano a um paciente com evidências de que a lesão não ocorreria se o médico não tivesse agido com culpa. A presunção de culpa passa a existir.

Este instituto visa permitir que a interferência seja presumida como verdadeira até que se produza prova que convença do contrário. Tal teoria faz parte do “direito de evidência circunstancial” e será aplicada quando³³:

- a) Não há evidência de como e porque ocorreu o dano;
- b) Acredita-se que não haveria ocorrido se não houvesse culpa;
- c) Recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente ao paciente.

4.6 Responsabilidade do Estado

A Constituição Brasileira, em seu artigo 37, §6º, diz

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos 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.

³³ Jorge Mosset Iturraspe. Responsabilidad Civil del Medico. Buenos Aires: Astrea, 1979, P. 52 (apud. João Monteiro de Castro. **Responsabilidade Civil do Médicos, p. 198.**

Com a promulgação da Carta Magna em 1946, o sistema jurídico brasileiro adotou a Teoria do Risco Administrativo, onde os casos de responsabilidade por danos causados pelo Estado ou seus agentes são analisados. Tal teoria tem como base a responsabilidade objetiva – a vítima não precisa demonstrar a culpa da Administração ou de seus agentes. Ao Estado cabe o ônus de provar a culpa concorrente ou exclusiva da vítima para excluir ou atenuar os prejuízos.

A responsabilidade civil do Estado, antes de ser objetiva, passou muitas mudanças – sua alteração foi lenta e gradual e levou séculos para atingir o estágio atual. Houve momentos em que a responsabilidade da administração pública era absoluta e total, chegando a um estágio onde o agente público poderia ser responsabilizado pelo dano.

Em outra fase, a responsabilidade do Estado pelos atos que seus agentes provocassem passou a ser admitida, porém era baseada na culpa. Isso gerava impossibilidade de ressarcimentos na medida em que o ônus da prova mostrava-se difícil e impossível em alguns casos.

Por fim, com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, determinou-se que a responsabilidade do Estado seria objetiva. Logo, é justo que todos respondam pelos riscos e danos que a atividade administrativa possa gerar para o conjunto de administrados.

NATUREZA CONTRATUAL DOS SERVIÇOS MÉDICOS

5.1 Teoria Geral das Obrigações

Sabe-se que o homem é cercado de deveres e imposições devido à sua vida social e política. Na sociedade atual, algumas relações obrigacionais surgirão decorrentes de acordos livremente ajustados para atender aos interesses mútuos, de receber e dar prestações; outras serão decorrentes da própria legislação, obrigando o indivíduo a manter-se dentro da linha traçada na ordem jurídica.

Todo direito corresponde uma obrigação, um dever jurídico. A importância do direito das obrigações se concentra em duas vertentes: no caráter da generalidade das obrigações e no incontável número de relações jurídicas estabelecidas entre as pessoas.

Obrigação pode ser definida como o vínculo jurídico transitório, que irá extinguir-se com o cumprimento da obrigação, onde um devedor (sujeito passivo) se obriga a fazer, dar ou não fazer determinada coisa (prestação) em favor de um credor (sujeito ativo), sob coima de responder com seus bens pelo adimplemento, mais eventuais perdas e danos.³⁴

Com essa definição, os elementos que constituem a obrigação são os seguintes:

- a) Elemento subjetivo: são as partes na relação obrigacional, o credor e o devedor;
- b) Elemento objetivo: é a obrigação propriamente dita, a prestação a ser cumprida;
- c) Vínculo jurídico: o liame que une sujeito ativo e passivo, possibilitando o credor exigir o devedor, mesmo que coercitivamente através do Estado.

A lei é a principal, senão exclusiva fonte de obrigações, enquanto atos ou fatos da vida em sociedade – qualquer obrigação, para ser válida, precisa ser lícita. Vale lembrar que a

³⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Obrigações: Abordagem Didática**. 2. Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. P. 4.

Constituição Federal, em seu artigo 5º, II, diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

5.2 A Natureza Jurídica da Prestação de Serviços Médicos

A responsabilidade do médico, pelo Código Civil vigente e pelo Código de Defesa do Consumidor, é a subjetiva – dependente de culpa. Desde o diagnóstico laboratorial ou clínico o médico assume responsabilidade, uma vez que a medicação inadequada ou a identificação errada da doença podem trazer ao paciente danos irreversíveis.

Na atual doutrina, o caráter contratual dessa responsabilidade é muito discutido, procurando-se afastar a responsabilidade extracontratual. Entre as duas modalidades de responsabilidade, inexistente diferença ontológica, aflorando, sob qualquer prisma, o dever de indenizar.

Nehemias Domingues de Melo³⁵ explica

A discussão doutrinária acerca da responsabilidade extracontratual dos serviços médicos em muito foi alimentada pelo fato de o Código Civil (...) ter regulado a responsabilidade médica no capítulo que trata da responsabilidade civil por ato ilícito (art. 1545 do CC de 1916 e art. 951 do CC 2002), contudo isso não altera a relação estabelecida entre médico e seu paciente, porquanto, muitas das vezes, haverá de fato um contrato seja tácito, verbal ou mesmo escrito.

Na atividade médica poderá haver contrato, ainda que tácito, principalmente relacionado a prestações de serviço. O objetivo almejado nesse tipo de contrato – a cura – não depende somente do profissional médico, mas também da colaboração direta ou indireta do paciente. O médico, provando que agiu com dedicação, esforço e zelo, cumprirá sua parte do contrato e, em caso do paciente não ter sido curado, não se poderá falar em inadimplemento do profissional da saúde, pois a obrigação terá sido de meio e não de resultado. Logo, o contrato será bilateral, de trato sucessivo e oneroso e, na maioria das vezes, *intuitu personae*.

³⁵ MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 75

José de Aguiar Dias³⁶ conclui que a responsabilidade médica é de natureza contratual, porém as ações contratuais e extracontratuais conduzem ao mesmo resultado e a confusão entre as duas espécies é falta meramente venial.

É salutar ressaltar ainda que, tratando-se de contrato realizado com hospital, haverá um contrato de prestação de serviço de natureza complexa, pois o paciente poderá ser atendido por qualquer um dos médicos que esteja de plantão, bem como pelos variados especialistas que se façam necessários nos curso do atendimento.

5.3 Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado

Nehemias Domingos de Melo³⁷ diz

Questão que suscita acalorados debates é a que diz respeito à inversão do ônus da prova nas ações que visam ressarcimento em face de danos decorrentes da atividade dos profissionais liberais. Nesta seara assume grande importância a discussão quanto a ser de meio ou de resultado a obrigação assumida pelo profissional liberal.

Quando o profissional – fornecedor do serviço – se obriga a empregar seus conhecimentos técnicos visando um resultado específico em favor do seu contratante – consumidor – trata-se de uma obrigação de meio. Nesse caso, não sendo obtido o objetivo final do contrato, o lesado tem o ônus de provar que o profissional não agiu com os cuidados exigidos para a realização do contratado, não atingindo, portanto, o resultado.

O profissional, ao assumir que determinada finalidade será alcançada e se compromete, contratualmente, com os resultados finais da empreitada, está lidando com uma obrigação de resultado. Para surgir a obrigação do prestador de serviços de indenizar, não sendo alcançado o resultado, ao credor bastará demonstrar que o objetivo final não foi realizado. Presume-se a culpa e o ônus probatório passa a ser do profissional, que deverá demonstrar o uso de perícia, prudência e diligência desejadas e provar ocorrência de caso fortuito ou força maior.

³⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 282.

³⁷ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 77.

Em regra, o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência entende que as condições da obrigação de meio serão aplicadas ao profissional médico. Entretanto, aplicam-se as regras da obrigação de resultado em alguns casos, como por exemplo, em cirurgias plásticas e exames laboratoriais.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CIRURGIA PLÁSTICA - **ERRO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO** - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL - DEVER DE INDENIZAR AUSENTE. - Ao dever de indenizar impõe-se ocorrência de ato ilícito,nexo causal e dano, nos termos em que estatuídos nos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, - **Nos casos de cirurgia plástica, a obrigação do médico é de resultado, haja vista a expectativa do paciente em modificar esteticamente parte de seu corpo que não lhe agrada.** (grifou-se)³⁸

Face à expectativa do paciente em mudar esteticamente parte do seu corpo que não lhe agrada, em caso de cirurgia plástica embelezadora, a obrigação do médico será de resultado. Sendo assim, caberá indenização por danos morais e materiais ao paciente que teve resultado diverso ou pior ao natural anterior caso estejam presentes os requisitos da responsabilidade civil – conduta do agente, dano e nexo causal.

Em cirurgias reparadoras, ou seja, cirurgias realizadas para corrigir problemas natos ou deformidade decorrente de acidentes, o cirurgião plástico não se comprometerá aos resultados da empreitada, uma vez que atuará com a obrigação de aplicar toda sua técnica disponível para eliminar ou corrigir o defeito. Nesse caso, sua obrigação será de meio.

Nohemias Domingos de Melo explica³⁹

A lógica que justifica esse tratamento jurídico diferenciado se assenta no fato de que na cirurgia plástica de embelezamento, o paciente é saudável e pretende com a intervenção melhorar a sua aparência; já na cirurgia reparadora, o que o paciente busca é a correção de lesões congênicas ou mesmo adquiridas.

³⁸ TJ-MG – AC: 10024100638816001 MG, Relator: Juliana Campos Horta, Data de Julgamento: 25/01/2017, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/01/2017

³⁹ MELO, Nohemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 81

Impera lembrar que, em face de hipossuficiência do consumidor e plausibilidade do caso, independentemente da jurisprudência e divergências doutrinárias, o magistrado pode determinar a inversão do ônus da prova, conforme artigo 6, VIII da Lei consumerista, *in verbis*

Art. 6. São direitos básicos do consumidor:

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

5.4 Obrigação de Segurança

Além da obrigação de meio, tendo em vista que os serviços prestados pelos profissionais liberais não poderão oferecer riscos a não ser aqueles previsíveis ou decorrentes de sua própria natureza – e mesmo nessas circunstâncias o paciente deverá ser claramente informado -, é implícito aos profissionais liberais uma obrigação de segurança imposta pelo Código de Defesa do Consumidor.

Roberto Senise Lisboa⁴⁰ conceitua obrigação de segurança como aquela que impõe ao fornecedor o dever de alcançar o resultado objetivado pelo consumidor, sem que ele venha a sofrer qualquer ofensa à sua vida ou à sua integridade física ou psíquica.

Enquanto profissional liberal, por esse dever de segurança, o médico não poderá fazer uso de métodos que possam acarretar risco à segurança ou saúde dos seus pacientes, a menos que sejam riscos normais ou previsíveis pela própria natureza do procedimento.

⁴⁰ SENISE LISBOA, Roberto. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 256-257.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

6.1 Responsabilidade do médico e a culpa provada

Visto que o médico compromete-se com a prestação de um serviço atento e em consonância com as técnicas científicas disponíveis ao invés de objetivar um determinado resultado, a natureza jurídica é contratual e uma trata-se de uma típica obrigação de meio. Enquanto profissionais liberais, a responsabilidade civil dos médicos por danos causados no exercício de sua profissão será atestada mediante verificação da culpa em suas três modalidades – imprudência, negligência e culpa – nos termos do Código de Defesa do Consumidor, artigo 14, §4º, e do Código Civil, artigo 951⁴¹.

Muito se questiona o motivo para que seja dado aos profissionais liberais tratamento jurídico diverso. Na atividade médica, fatores externos irão afetar a materialização do contratado, uma vez que o resultado final não depende somente da competência ou estudo ou esforço do profissional.

Portanto, o contrato médico não se assemelha, por exemplo, a um contrato de empreitada ou a outro qualquer. Por mais metucioso que o médico seja, não se pode responsabilizá-lo totalmente pela cura do paciente, pois cada organismo pode reagir a um mesmo tratamento de maneira diferenciada, dentre outras incontáveis variáveis que podem interferir na melhora.

Entretanto, não obstante a obrigação do médico ser de meio e não de resultado, o profissional possui a obrigação de demonstrar que houve a correta aplicação de todos os métodos profissionais utilizáveis e que nada mais se fez por questões de impossibilidade, ainda que se tenha tentado.

Com esses motivos, explica-se a exceção da legislação consumerista, que atribui ao lesado o ônus de provar que o profissional desviou-se – por ação ou omissão - da conduta que seria o comum esperar. Caberá ao juiz analisar com clareza a tipificação da falta, a

⁴¹ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

corroboração do nexu causal entre a metodologia médica e o fato danoso, com a consequente indenização ao causador do dano.

6.2 Imprudência, negligência e imperícia

O dano é um prejuízo sofrido, seja em alguma relação jurídica – onde uma parte tira vantagem no negócio, dolosa ou culposamente, acarretando prejuízo à outra parte - seja em acidentes físicos – onde a vítima sofre danos morais ou materiais. Na relação consumidor vs. fornecedor, impera ter-se muita atenção para que não haja dano material ou moral à parte hipossuficiente da relação consumista.

A palavra “imprudência” significa falta de atenção, o descuido no exercício de uma ação perigosa. O médico que age sem usar as cautelas necessárias, tomando medidas precipitadas está agindo imprudentemente.

O profissional de medicina, mais do que qualquer outro profissional, deve ser prudente, uma vez que trata de um bem jurídico de suma importância: a saúde e a vida humana. Como exemplo de imprudência, tem-se um médico que libera um paciente acidentado quando deveria mantê-lo sob observação no hospital durante algum tempo, causando sua morte em seguida.

A negligência caracteriza-se pela inobservância do médico em relação aos cuidados e normas técnicas aplicáveis. Pode ainda consistir numa conduta negativa, onde o profissional for omissivo ou atue em menor intensidade do que as circunstâncias exigiam.

O médico negligente, a título de exemplo, é o médico que realiza exame clínico superficial e prescreve medicamento errado com base nesse exame; ou ainda o médico que atua negligentemente ao não informar ao paciente seu verdadeiro quadro clínico.

A imperícia qualifica a inaptidão técnica, teórica ou prática no desenvolver de uma atividade profissional. Ocorre a falta de conhecimento ao executar um ato ligado à profissão. Devido uso inadequado de medicamentos tireoidianos e, assim, causar hipotireoidismo num paciente é um exemplo de imperícia.

Há um lado, minoritário, da doutrina que entende ser muito difícil provar que um médico é imperito em sua profissão em qualquer circunstância, pois recebeu diploma de doutor e habilitação legal para o exercício da medicina. Todavia, a maior parte da doutrina e jurisprudência defende que essa dificuldade não é tão extrema a ponto de ensejar a impossibilidade da imperícia.

A título de exemplo, segue ementa para verificação da ocorrência de imperícia e imprudência

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. **ERRO MÉDICO**. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE DECADÊNCIA AFASTADAS. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. ATIVIDADE MEIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. **COMPROVAÇÃO DE NEXO CAUSAL. CONSTATAÇÃO DE IMPERÍCIA E IMPRUDÊNCIA**. MÉDICOS RESIDENTE E PRECEPTOR. **CULPA E DANO COMPROVADOS**. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E NÃO PROVIDA. 1. Sendo o médico responsável pelo atendimento da paciente, e não havendo qualquer indício que possa afastar a sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, deve o profissional responder aos fatos que lhe são imputados. 2. Em se tratando de pretensão de reparação de danos causados na relação médico-paciente, deve ser aplicado o disposto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, visto se tratar de relação consumerista. 3. **A responsabilidade pessoal do médico é subjetiva e, por conseguinte, deve ter provada a culpa**, pois incidente o § 4º do art. 14 do CDC. Há de se estabelecer um liame entre a ação ou omissão culposa do profissional e o dano sofrido pelo paciente, pois caso demonstrado que o médico não foi o causador do dano, desobrigado está de repará-lo. 4. Constatando nos documentos relativos ao prontuário da paciente, a fratura no membro correto, não há que se falar em erro do prontuário a ensejar o descuido perpetrado pelo profissional médico. 5. **É de sua responsabilidade a verificação exata do problema, agindo o médico residente com imperícia, e de forma imprudente ao iniciar procedimento cirúrgico sem a devida acuidade**. 6. Ressalte-se que na qualidade de médico residente, que ainda não tem a sua formação completa, deve ser este acompanhado, obrigatoriamente, por um profissional experiente, nos termos da Lei de Residência Médica e na Resolução RNRM n. 04/78. 7. Patente o dever de diligenciar no sentido de prestar de forma responsável e consciente o serviço médico, dissipando quaisquer dúvidas possivelmente existentes, diante da complexidade do caso, exigindo, para tanto, preparo e bom senso. 8. **Configurado o nexo causal entre o fato e os danos causados à parte autora, devidamente comprovados, resta claro o dever de indenizar**, sendo imperiosa a manutenção

da sentença condenatória proferida em primeiro grau. 9. Apelação Cível conhecida e não provida. (grifou-se)⁴²

6.3 Erro grosseiro e erro escusável

O erro grosseiro é a forma imprecisa, incapacitante e inadvertida de quem se permite o erro desavisado, devido à falta de mínimas condições profissionais, como por exemplo, o ginecologista que contamina o paciente por falta de assepsia adequada.

Irany Novah Moraes⁴³ exemplifica

O erro mais grotesco de que tomei conhecimento em toda bibliografia que tenho lido todos esses anos foi o do médico do fim do século XIX que, ao operar um doente, deixou cair seu pince-nez na cavidade peritoneal e, como sem ele tinha dificuldade de visão, não o encontrou. Seus óculos foram encontrados na autopsia feita no dia seguinte.

Os erros podem ocorrer em qualquer profissão. Tratando-se de médicos, pelo fato de lidar com a vida humana, o erro será mais dramático e, em alguns casos, será escusável, uma vez que o profissional não poderá ser responsabilizado quando um acidente vier a ocorrer em sua atividade regular. Neste sentido, erro escusável é aquele dependente das contingências naturais e limitadas pela medicina e não inimizáveis aos médicos.

Nesse caso, há o erro, porém não será causado pelo médico, mas será intrínseco à profissão ou conduta humana. Para exemplificar o conceito, pode-se pensar em um doente que não colabora para o correto processo de diagnóstico ou de tratamento.

O erro de diagnóstico não pode ser indicativo de culpa médica, a não ser que seja grosseiro. Quando advindo da imperfeição da própria ciência - embora haja possibilidade de acarretar consequências ou perigo - o erro profissional não necessariamente implicará no dever de indenizar se o médico empregou corretamente os conhecimentos e regras científicas.

⁴² TJPI AC Nº 2012.0001.005537-4, Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes, 1ª Câmara Especializada Cível. Data de Julgamento: 30/10/2013

⁴³ MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e Justiça**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 438.

6.4 Direitos e deveres do médico

Atualmente, as doutrinas de responsabilidade civil não dão foco sobre os direitos dos profissionais da saúde, apesar de muito ser exigido deles. Irany Novah Moraes⁴⁴ diz que “muito é exigido do médico, mas, neste contexto, pouco é referido acerca de seus direitos. Até mesmo é esquecido o mais elementar direito de exercer com liberdade a sua profissão”.

O primeiro e mais importante direito médico é exercer seu ofício com liberdade e, consoante Código de Ética Médica⁴⁵, “exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza”. No que diz respeito ao diagnóstico, internação e tratamento de seu paciente, deve ainda gozar de total liberdade em todo e qualquer ambiente – privado, público, filantrópico -, sempre com respeito às normas de procedimento da instituição de saúde utilizada e anuência do paciente⁴⁶.

No que diz respeito à anuência do paciente, nem sempre o médico irá alcançá-la por diversas razões, entre elas, a própria conduta ética-moral do paciente. É o caso, por exemplo, dos adeptos à religião Testemunhas de Jeová, que não admitem a transfusão sanguínea. As famílias e paciente que são devotos a essa religião declaram que preferem morrer a realizar uma transfusão de sangue.

O procedimento recomendado nestes casos é que, em situação de risco de vida, o fato seja comunicado ao delegado que agilizará a Justiça, a fim de que os médicos recebam uma autorização para proceder dentro dos preceitos da Medicina e ministrem transfusão sanguínea.

No tocante aos deveres médicos, o assunto é tratado no Código de Ética Médica, em seu Capítulo II, o qual será transcrito:

É direito do médico:

⁴⁴ MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e Justiça**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 364.

⁴⁵ Res. CFM n 1.931, de 17 de setembro de 2009. Capítulo II, inciso I.

⁴⁶ Código de Ética Médica, artigos 21 e 25.

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X - Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

6.5 Excludentes da responsabilidade médica

Assim como o profissional da saúde pode ser compelido a indenizar um paciente lesado em caso de erro grosseiro ou manifesto, existem situações onde a culpabilidade do profissional da saúde será excluída, o que irá gerar improcedência da ação penal e extinção da punibilidade do agente.

6.5.1 Iatrogenia

Trata-se de uma definição para os males provocados aos pacientes, doentes ou não, no decorrer de uma ação ou omissão do médico - caracteriza-se por um prejuízo inevitável. Entre os doutrinadores não existe consenso quanto ao conceito de iatrogenia, o que faz com que haja uma antinomia entre as definições.

Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza⁴⁷ entendem que a iatrogenia tem dois aspectos a serem vistos: *stricto sensu e lato sensu*. No sentido *stricto*, para esses doutrinadores, “não existe apenas a intenção benéfica do esculápio, mas um proceder certo, preciso, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência médica”. No sentido *lato*, a iatrogenia é o resultado danoso causado pelo ato do médico ao paciente, seja um atuar com falhas ou dentro das normas recomendadas.

Por outro lado, Irany Novah Moraes⁴⁸ aborda três tipos de iatrogenia: a que agrupa lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da sua profissão; a que enquadra lesões previsíveis, porém inesperadas; e a que engloba lesões previsíveis e esperadas. Como exemplos dos tipos de iatrogenia, em ordem respectiva, pode-se citar a confusão entre veias no caso de cirurgia de varizes, levando à gangrena; reações alérgicas no uso de contrastes radiológicos; e cirurgias mutiladoras, como no caso de mastectomia.

⁴⁷ COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.31.

⁴⁸ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a Justiça**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 489.

Na visão do desembargador José Carlos Madonado de Carvalho⁴⁹, a iatrogenia “aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada da chamada falibilidade médica”. Diz, ainda, caracterizar-se pelo atuar médico correto, consubstanciado pelo uso de técnicas e medicamentos necessários - que causem dano em pessoas sadias ou doentes – para enfrentar crises ou surtos.

Verifica-se que há duas correntes de entendimento sobre o estudo: parte da doutrina conceitua iatrogenia como as lesões previsíveis - esperadas ou não - e outra parte dos doutrinadores sustenta que as lesões iatrogênicas são os danos causados por falha no comportamento humano.

Em primeiro momento, as iatrogenias podem parecer advir do erro médico. Porém, tendo em vista as características intrínsecas de cada paciente, se estudadas com atenção, irão se mostrar como lesões que podem ter ocorrido independentemente de um atuar falho do profissional. Mesmo os procedimentos mais simples podem gerar lesões independentes de um atuar negligente, imprudente ou imperito do médico.

Alexandre Martins dos Santos⁵⁰ expõe:

Na cirurgia de septoplastia, que visa corrigir o desvio do septo nasal (...) em 5% dos casos estudados (...) poderá haver a memória ou mola do septo, voltando o nariz à posição pré-operatória. Nas cirurgias de catarata também pode ocorrer que, em pacientes idosos, haja um deslocamento da retina, mesmo sendo o ato cirúrgico praticado dentro da correta técnica. (...) O estudo da iatrogenia é fundamental por parte dos peritos judiciais e dos médicos legistas.

6.5.2 Fato de terceiro

Como excludente da responsabilidade civil, deve-se entender como terceiro alguém mais além da vítima e do causador do dano. Configura-se pelo fato onde nem o agente nem a

⁴⁹ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.8.

⁵⁰ SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade Civil do Médico**. 1. ed. Rio de Janeiro: DOC, 2011, p. 53.

vítima deram causa a sua incidência – a conduta do terceiro deve ser o fator predominante da lesão.

Trata-se de uma desoneração de responsabilidade, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 14, §3, inciso II, prevê “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Assemelha-se ao caso fortuito e à força maior: o nexos de causalidade entre resultado lesivo e conduta do agente é desfeito, uma vez que as presenças da imprevisibilidade e da inevitabilidade excluem o dever de indenizar.

Nehemias Domingos de Melo⁵¹ exemplifica

Um paciente internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito com fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar. Nesse caso estaria caracterizando aquilo que chamamos de fortuito externo, ensejando a lição de que, não tendo ilícito resultado da ação do hospital, nem de qualquer fato conexo com a sua atividade, a responsabilidade ou culpabilidade estaria inteiramente afastada ante a excludente derivada do fato de que os danos experimentados por seus pacientes decorreram de fato praticado por terceiro, que não guarda qualquer conexão com as obrigações derivadas dos serviços ajustados.

6.5.3 Intercorrência médica

Define-se como uma complicação, durante um procedimento médico, que não poderia ter sido previsto ou alertado ao paciente. Todos os procedimentos – simples ou complexos – estão sujeitos a complicações inesperadas e não necessariamente incorrerão por erros médicos.

⁵¹ MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

Alguns pacientes são mais suscetíveis que outros a infecções, por exemplo, ou podem ter variações anatômicas imprevisíveis em relação a normalidade, que são impossíveis de prever, uma vez que as reações orgânicas dos pacientes ao tratamento variam de pessoa para pessoa. Isso não quer dizer que o médico não realizou o procedimento corretamente nem seguiu todas as normas técnicas e padrões de segurança.

6.5.4 Culpa da vítima

Quando ocorre culpa exclusiva da vítima, como o dano foi resultado da conduta – ação ou omissão – da mesma, haverá uma ruptura do nexos causal. Nesse caso, o agente fica desobrigado a indenizar.

Como exemplo, pode-se citar um caso onde um médico prescreve ao seu paciente, que sofre de tuberculose pulmonar, medicamentos. Entretanto, por escolha própria, esse resolve não medicar-se e que vai esperar pela própria morte. Constatando-se que o médico agiu de maneira prudente, prescrevendo os medicamentos necessários e explicando a importância do tratamento a ser seguido, não resta ao profissional qualquer ônus de indenização à vítima.

Cabe mencionar que, caso ocorra a culpa concorrente – se a única conduta que causou o dano não for exclusivamente culpa da vítima –, a indenização deverá ser reduzida proporcionalmente à culpa do agente, como é verificado no artigo 945 do Código Civil.

6.5.5 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito decorre de eventos alheios à vontade das partes – greves, guerras, etc – enquanto a força maior decorre de eventos naturais – raios, inundações, terremotos. O evento deve ser caracterizado como inevitável e irresistível a qualquer esforço humano, o que fará cessar a responsabilidade de indenizar, uma vez que não é possível atribuí-lo dolo ou culpa.

O Código Civil, em seu artigo 393, parágrafo único, trata os dois institutos da mesma forma, não fazendo nenhuma distinção entre eles ao conceituar: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Impera frisar que, para que haja excludente de responsabilidade, a imprevisibilidade ou

inevitabilidade devem estar presentes, sendo ainda necessário realizar uma prova de sua incidência.

Se tratando da seara consumerista, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor não considera como excludentes de responsabilidade o caso fortuito ou força maior, vide artigos 12, §3º, e 14, §2º⁵², da mesma lei. Sobre tal assunto, há duas vertentes.

Alguns doutrinadores como Roberto Senise Lisboa, Silvio Luis Ferreira da Rocha e o magistrado Rizzatto Nunes defendem que não deveriam ser aplicadas as normas do Código Civil - restringindo-se à lei consumerista - e embasam esse pensamento na justificativa de que os artigos 12, §3º, e 14, §2º, da Lei 8.078/90 são taxativos, devendo-se ater à forma declarativa ou estrita da norma, não podendo o intérprete alargar sua aplicabilidade.

Por outro lado, os doutrinadores Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Jaime Marins, João Batista de Almeida e a própria jurisprudência do STJ têm entendimento divergente em relação à matéria. Tais juristas acreditam que, se o Código de Defesa do Consumidor não elenca caso fortuito e força maior como excludentes, também não os nega.

O voto do Ministro Eduardo Ribeiro⁵³ pacifica

O fato de o art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1058 do Código Civil (referência ao Código de 1916, corresponde ao atual art. 393).

É basilar compreender que o Código de Defesa do Consumidor, como legislação destinada a proteger as relações de consumo – não exclusivamente o consumidor –, não deve responsabilizar o fornecedor por evento que não tinha como prever ou evitar nem deu causa.

⁵² Art. 12. §3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou o importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. §2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

⁵³ STJ. 3ª Turma. REsp 120647-SP. Data de julgamento: 15/05/2000. LEX-JSTJ, 132/101

6.5.6 Cláusula de não indenizar

O Princípio da Autonomia da Vontade é um dos princípios que norteiam os contratos no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com esse princípio, as partes estão livres para firmarem contratos com cláusulas e condições que lhes forem convenientes desde que não fira determinação legal, como estipula o Princípio da Soberania da Ordem Pública.

Essa cláusula dispõe sobre a exoneração convencional do dever de reparar o dano, logo, tem por função alterar o sistema de riscos no contrato, que são transferidos para a vítima. A renúncia prévia existe e está convencionalizada ao direito de pedir reparação, limitando o montante de eventual indenização ou simplesmente excluindo o dever de indenizar.

Impera ressaltar que, a princípio, nada impede tal cláusula. No entanto, seu uso de isentar a responsabilidade de um agente não é visto de maneira positiva no direito moderno. Vale ressaltar que a cláusula de não indenizar não se confunde com a cláusula de limitação de responsabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, IV⁵⁴, considera nula a cláusula de não indenizar nas relações de consumo, considerando que ela não pode ser aceita nas mesmas em favor do fornecedor de serviços ou produtos.

Silvio de Salvo Venosa⁵⁵ assegura

De qualquer forma, ainda que livremente convencionalizada, não opera essa cláusula em caso de dolo do agente. Não é porque o contratante sabe que está isento de indenizar que intencionalmente possa ocasionar o dano. Como, nessa inconveniente cláusula, naturalmente o agente relaxa no cumprimento da obrigação, se sua culpa for de elevado nível (culpa grave), sua conduta se equipara ao dolo. O caso concreto vai elucidar o juiz.

⁵⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

⁵⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 392.

RESPONSABILIDADE DAS CLÍNICAS, HOSPITAIS E SIMILARES

Entre hospital e paciente, uma relação de consumo é estabelecida através de um contrato de prestação de serviços médico-hospitalar onde há, de um lado, o consumidor (paciente) e, do outro lado, o fornecedor (hospital). Na eventualidade de falhas, as normas da Lei 8.078/1990 serão aplicadas.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, caput, imputa ao prestador de serviços a responsabilidade objetiva de ressarcir os danos causados por maus serviços prestados, não cabendo indagações sobre eventual culpa do pessoal auxiliar, conduta médica, falhas dos equipamentos ou outros serviços.

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

Clínicas, hospitais e similares não respondem quando um médico simplesmente utiliza as instalações locais para internação e tratamento de pacientes - o que se investiga é se o profissional age no hospital mediante contrato de prestação de serviços. Portanto, apenas responderão pelos atos médicos dos profissionais que são seus empregados ou que o administram.

Nehemias Domingos de Melo⁵⁶ ressalta

Advirta-se, contudo, que a responsabilidade objetiva ou sem culpa, não prescinde da demonstração do dano e do nexo de causalidade. Ademais, é possível isentar o hospital do dever indenizatório desde que fique provado a ocorrência de uma das excludentes contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, o Código Civil, em seu artigo 927, parágrafo único, consagra a responsabilidade civil objetiva dos agentes empreendedores de atividade de risco com a Teoria do Risco ao dizer que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de

⁵⁶ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 158-159.

culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem”.

A 3ª Turma do STJ, com base nesse entendimento, confirmou decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que condenou um hospital e indenizar uma mãe que, ao parir sua filha, em razão de falhas procedimentais gerados por má prestação de serviços, esta teve sequelas cerebrais de caráter permanente.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. **FALHA E/OU MÁ-PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL.** SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. (grifou-se)⁵⁷

A ministra relatora do recurso, Nancy Andrichi, explicou que, enquanto os médicos têm responsabilidade subjetiva – de acordo com a culpa -, os estabelecimentos respondem objetivamente, conforme os serviços prestados. A ministra destacou, ainda, que, uma vez que a corte local reconheceu a conduta inadequada dos profissionais envolvidos no procedimento, houve fundamento adicional à responsabilização do hospital.

Sobre o tema, explicita Fabio Ulhoa Coelho⁵⁸

Não são profissionais liberais as empresas ou pessoas jurídicas em geral, ainda que explorem serviços de procuração judicial, medicina, engenharia, etc., como hospitais, casas de saúde, empreiteiras, construtoras, escolas, etc. A relação de consumo é celebrada com profissional liberal, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, 14, § 4º, se o for *intuitu personae*. Na hipótese de o consumidor procurar a empresa onde presta serviço o profissional liberal, ou, ainda, procurar os serviços de qualquer profissional liberal, não o contratando pela sua própria pessoa, a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor é objetiva.

⁵⁷ STJ - REsp: 1621375 RS 2016/0221376-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2017.

⁵⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 282.

Cabe destacar a existência de uma corrente doutrinária em contrário sentido em que, para esta corrente, a responsabilidade de hospitais e similares deve ser analisada mediante verificação de culpa, conforme artigo 14, §4 do Código de Defesa do Consumidor.

Miguel Kfouri Neto⁵⁹, a favor de tal posicionamento, afirma que

A responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física ou jurídica, ou de apenas um deles. (...) Mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, o hospital não poderá ser compelido a indenizar, a não ser que a culpa do médico, preposto seu, resulte suficientemente clara.

Gustavo Tepedino⁶⁰ ressalta que “somente a demonstração da culpa é que poderá desencadear a responsabilidade do profissional e, em consequência, do hospital, solidariamente”.

⁵⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 365.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. **A Responsabilidade Médica na Experiência Brasileira Contemporânea**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. P. 300.

O MÉDICO E SUA VULNERABILIDADE NO CASO CONCRETO

Tendo visto as características da subjetividade, imprevisibilidade e complexidade que fazem parte da carreira médica, apesar do paciente ser considerado um consumidor e, portanto, polo vulnerável da relação médico-paciente, não se pode deixar de notar que o profissional da saúde, dadas as peculiaridades de cada caso, também pode, em algumas situações específicas, apresentar condições de vulnerabilidade.

Cabe recordar que, ao contrário da regra geral – responsabilidade objetiva dos fornecedores - prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, apesar do médico e paciente serem percebidos como fornecedor e consumidor, a responsabilidade do médico, enquanto profissional liberal, é percebida mediante a análise de sua culpa no caso concreto. Em via de regra, cabe ao paciente demonstrar a culpa do profissional para que tenha direito ao ressarcimento. Na maior parte dos casos, essa é uma tarefa árdua: não é possível que um médico obtenha sucesso em todos os tratamentos que desenvolve uma vez que, mesmo diante de quadros patológicos idênticos, não há garantias de que organismos diferentes terão a mesma resposta.

Faz-se relevante ao presente estudo, visto o contexto de subjetividade que envolve o organismo humano e suas diferentes reações, a análise concreta de caso no qual possa verificar a questão ora suscitada.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Erro médico. Autora submetida a diversas curetagens. **Hipótese em que a prova pericial constatou que o problema de perdas gestacionais estava vinculado à própria condição orgânica do corpo da autora, e não do tratamento que lhe foi dispensado.** Necessidade de ser re-curetada em duas situações que restou justificada - Ausência de responsabilidade da ré. Ação improcedente. Recurso desprovido. (grifou-se)⁶¹

A autora da ação atribui como causadora da perfuração uterina e a aderência das paredes a má prática médica. Alega ainda que as lesões sofridas foram resultado de duas curetagens que foi submetida após ter sofrido dois abortos.

⁶¹ TJ-SP – APL: 202734220068260405 SP 0020273-42.2006.8.26.0405, Relator: Rui Cascaldi, Data de Julgamento: 07/08/2012, 1 Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/08/2012.

De acordo com a perícia realizada, as próprias condições fisiológicas da paciente originaram os abortos e a necessidade de re-curetagem, de modo que a equipe médica envolvida não contribuiu de qualquer forma ao evento danoso, não havendo qualquer possibilidade de atribuição de responsabilidade.

O I. Perito constatou que “da análise dos documentos e da consulta, **ficou claro que o problema das perdas gestacionais está vinculado à etiologia cromossômica**, e que as múltiplas curetagens podem determinar a Síndrome de Asherman, que é o colobamento as paredes uterinas com sinéquias. **Quanto à necessidade de ser re-curetada em duas situações, se justifica pela deformidade do útero caracterizada na histeroscopia [...]. Assim sendo, não há que se falar em má prática médica, ou negligência, ou imperícia. As ocorrências foram fruto das condições orgânicas anatômicas da autora, nada havendo a se questionar das equipes médicas**, exceto os aspectos de natureza humanística que devem nortear as relações interpessoais, principalmente em situações de fragilidade em que se encontrava a paciente.” (fl. 347-348).

É notório, partindo da situação ocorrida no caso trazido, que os médicos são expostos constantemente a barreiras irrefutáveis - as diferentes reações e características próprias de cada organismo - impossibilitando que os infortúnios decorrentes da subjetividade que as características fisiológicas de cada ser humano apresenta sejam considerados má prática médica. Analisando as considerações feitas no voto do condutor do acórdão que julgou o caso, tal questão fica em evidência.

Cirurgias de emergência são situações imprevisíveis que sujeitam o médico a desempenhar sua função da melhor forma que lhe será permitida de acordo com a urgência e as condições do local de atendimento do momento. É o caso de uma “intervenção médica, correta tecnicamente, quando necessária no momento em que ocorreu e o paciente não estava em condições de manifestar seu consentimento”⁶².

Eis a transcrição de uma emenda no qual, durante uma cirurgia de urgência, os médicos viram a necessidade de retirar o rim esquerdo do paciente, sem consentimento do mesmo ou de algum representante:

⁶² GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. apud CARVALHO, 2005, p.

DANOS MORAIS - Inocorrência - Erro médico - **Provas, suficiente a demonstrar que o autor foi submetido a cirurgia de emergência com intervenção adequada ao caso concreto** - Rim esquerdo do paciente que se encontrava comprometido, que justificou sua retirada - Alegação de que não foi informado que da intervenção cirúrgica, resultou, inclusive, da retirada de seu rim esquerdo, não traduz nexo causal a amparar a pretensão indenizatória formulada - Dor moral não configurada - Desatendida a regra do artigo 333,1, do CPC - Procedência da ação - Inadmissibilidade - Sentença mantida - Recurso improvido. CPC. (grifou-se)⁶³

No caso supracitado, devido um traumatismo decorrente de queda, o paciente teria sido internado. No correr da cirurgia, a equipe médica identificou intenso sangramento proveniente do rim esquerdo que tentou salvar mediante suturas, porém a única medida cabível mostrou ser a retirada do rim. O paciente veio a pleitear demanda indenizatória por não ter consentido com determinado procedimento, ainda que a retirada do órgão tenha sido efetuada com sucesso e em prol de sua saúde.

Em transcrição de parte do voto condutor:

(...) A lamentável necessidade da cirurgia, culminando com a retirada de seu rim esquerdo, não pode ser imputada como erro, tendo sido realizados todos os procedimentos que estavam ao alcance do quadro clínico do apelante. Em que pese à resistência oposta pelos autores, ficou cabalmente demonstrado, que o lamentável evento só ocorreu porque o apelante apresentou histórico de traumatismo por queda [...]. **Assim, a retirada do rim esquerdo não se mostrou equivocada, mas ao contrário, necessária. [...] Destarte, as provas, são uníssonas a demonstrar que o autor foi submetido a cirurgia de emergência com intervenção adequada ao caso concreto.** (grifou-se)

Como observado nas razões do Magistrado, apesar de não ter havido consentimento informado, não há como detectar erro médico em situações como a supracitada, uma vez que existem casos de emergência que requerem que medidas igualmente urgentes sejam tomadas pelos profissionais de saúde, as quais, muitas vezes, a demora pode representar danos irreversíveis à vida do paciente.

⁶³ TJ-SP – APL nº 994040788210. Relator: Salles Rossi. Oitava Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 14 abr. 2010. Data de Publicação: 22 abr. 2010

O erro de diagnóstico é outro fator importante nesse contexto. Como já considerado, a ciência não tem todas as respostas necessárias à cura da enfermidade que acomete o paciente ou, ainda, um diagnóstico infalível. Dito isso, em se tratando de diagnósticos, o médico somente será responsabilizado em situações nas quais restaria caracterizado seu agir culposo - atuar com displicência, pressa ou sem cuidados, exames e informações necessários.

Cabe analisar como a responsabilidade dos médicos envolvidos em tais casos vem sendo apreciada pela jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO - CULPA PROFISSIONAL NÃO CARACTERIZADA - CONDOTA COMPATÍVEL COM A QUE SE ESPERA DE UM PROFISSIONAL DE RAZOÁVEL HABILIDADE E PRUDÊNCIA - **DIAGNOSE COMPATÍVEL COM OS PADRÕES DA CIÊNCIA MÉDICA** - RECURSO IMPROVIDO. [...] **As limitações da ciência médica - que é falível -, decorrentes da condição humana de seus profissionais e de infinita variabilidade de seu objeto (o organismo humano), tornam delicada a operação de diagnóstico, o qual nem sempre pode ser feito com a precisão idealizada.** Por conta disso, o erro de diagnóstico não se traduz, necessariamente, em imperícia, salvo se houver erro grosseiro e injustificável, que se distancie do padrão de conduta de um médico de razoável prudência e habilidade. (grifou-se) ⁶⁴

A ré da ação acima, uma médica, cometeu um equívoco e não reconheceu um quadro de apendicite no qual se encontrava o demandante – este sendo representado legalmente pela mãe. À época do exame, os sintomas apresentados pelo paciente não levavam ao diagnóstico de apendicite; eram dor abdominal e disenteria.

As limitações da ciência médica – que é falível –, decorrentes da condição humana de seus profissionais e de infinita variabilidade de seu objeto (o organismo humano), tornam delicada a operação de diagnóstico, o qual nem sempre pode ser feito com a precisão idealizada. Por conta disso, o erro de diagnóstico não se traduz, necessariamente, em imperícia, salvo se houver erro grosseiro e injustificável, que se distancie do padrão de conduta de um médico de razoável prudência e habilidade. [...] Imperioso tomar-se em conta, assim, que, em 15 de setembro, o apelante não apresentava febre, nem dificuldade de deambular (além do que há expresso registro

⁶⁴ TJSC – APL nº 2008.014611-1. Relator: Jaime Luiz Vicari. Segunda Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 27 jul. 2009. Data de Publicação: Apelação Cível n. 2008.014611-1, de Camboriú

médico em 16 de setembro de “aumento de dor abdominal”), sintomas esses que, sim, levaram o pediatra subscritor do documento de fl. 32 ao diagnóstico de apendicite.

A essa altura, mediante a grande importância do diagnóstico no tratamento de qualquer patologia, vale destacar a vulnerabilidade médica mediante do mesmo. A diagnose é o que define a conduta – durante procedimento médico ou determinado tratamento - que o profissional deverá escolher. Há de se levar em conta que, ainda que o médico tenha interpretado de maneira correta as informações de um exame diagnóstico, existe a falibilidade humana e a imprecisão da própria ciência.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou estudar o instituto da responsabilidade civil com enfoque na responsabilidade civil decorrente do erro médico. É sacramentado pelo ordenamento jurídico que o causador do dano tem o dever de indenizar, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil - o Código de Defesa do Consumidor reforça tais premissas, visto que regulamenta as relações de consumo.

A análise do erro médico é deveras complicada aos operadores do Direito, uma vez que demandas indenizatórias tenham tido grande expansão, ainda que muitas pessoas não busquem seus direitos e não exijam a reparação devida pelo dano sofrido. Os juízes baseiam suas decisões em provas apresentadas aos autos, tais como depoimentos profissional e testemunhal.

Verificou-se também que os profissionais de saúde, não raro, apresentam condições de vulnerabilidade perante incontáveis situações do dia a dia, seja pelas particularidades de cada doença e distintas reações de cada paciente, seja pelas limitações impostas pela ciência no caso de tratamentos e diagnósticos, ou ainda, seja pelas diversas situações urgentes onde os médicos se encontram.

Não se objetiva, no presente estudo, defender a premissa de que todo e qualquer erro médico é escusável. Entende-se que o profissional deverá ser severamente penalizado quando atuar com culpa no desempenho de sua atividade, uma vez que está agindo com negligência, imprudência e/ou imperícia frente ao bem jurídico mais importante: a vida.

Contudo, eventuais responsabilidades que venham a cair sobre o profissional se mostram injustas e desumanas, uma vez que existem situações onde o médico, mesmo se tratando da vida, não terá concorrido para o fato danoso causado ao paciente. Assim sendo, é relevante considerar que as normas protetivas à pessoa do consumidor deverão ser aplicadas levando em consideração as particularidades de cada caso concreto e em concordância com os valores constitucionais.

Conclui-se, portanto, que os médicos, apesar de fornecedores, são seres humanos sujeitos a falhas imprevisíveis e a métodos que poderão ter defeitos. São, assim como seus

pacientes, pessoas vulneráveis e vítimas de certos acontecimentos que só a própria realidade, em seu caminho natural e abrupto, é capaz de criar.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, André Gustavo Correia Andrade. **Dano Moral e Indenização Punitiva. Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ASSIS NETO, Sebastião de; Jesus, Marcelo de; Melo, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil.** 4.Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015

BRASIL. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 de abril de 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 03 de abril de 2018.

BRASIL. **Código de Ética Médica.** Resolução do CFM nº 1.931/2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm> Acesso em: 05 de abril de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 19 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 120647 SP, 3ª Turma, Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Data de Julgamento: 16/03/2000. Data de Publicação: 15/05/2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/353926/recurso-especial-resp-120647-sp-1997-0012374-0>> . Acesso em 22 de Abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1221756/RJ, 3ª Turma, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento e Publicação: 10/02/2018. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21222481/recurso-especial-resp-1221756-rj-2010-0197076-6-stj/inteiro-teor-21222482>>. Acesso em 10 de Maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1254141 – PR (2011/0078939-4), 3ª Turma, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 04/12/2012. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/rH6O7jdWnS_Tr8SExUpaYQ/daWB_yK2uAML1X74qMcVTA/Res_1.254.141_-_PR.pdf>. Acesso em 12 de Abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1436401/MG, 4ª Turma, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 02/02/2017. Data de Publicação: 16/03/2017. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443450754/recurso-especial-resp-1436401-mg-2013-0351714-7/certidao-de-julgamento-443450776?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10 de Maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1621375 RS 2016/0221376-0, 3ª Turma, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 19/09/2017. Data de Publicação: 26/09/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503714853/recurso-especial-resp-1621375-rs-2016-0221376-0?ref=juris-tabs>>. Acesso em 01 de Junho de 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* nº 10024100638816001 MG, 12ª Câmara Cível, Relator: Juliana Campos Horta. Data de Julgamento: 25/01/2017. Data de Publicação: 30/01/2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423826209/apelacao-civel-ac-10024100638816001-mg>>. Acesso em 24 de Abril de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. *Apelação Cível* nº 201200010055374 PI, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator: Desembargador Fernando de Carvalho Mendes. Data de Julgamento 20/10/2013. Disponível em <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/389493078/apelacao-civel-ac-201200010055374-pi-201200010055374>>. Acesso em 31 de Maio de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* nº 146111 SC 2008.014611-1, 2ª Câmara de Direito Cível, Relator: Jaime Luiza Vicari. Data de Julgamento: 27/07/2009. Data de Publicação: *Apelação Cível* nº 2008.014611-1, de Camboriú. Disponível em:

<<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6548111/apelacao-civel-ac-146111-sc-2008014611-1>>. Acesso em 03 de Junho de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* nº 202734220068260405 SP 0020273-42.2006.8.26.0405, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator: Rui Cascaldi. Data de Julgamento: 07/08/2012. Data de Publicação: 09/08/2012. Disponível em <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22154857/apelacao-apl-202734220068260405-sp-0020273-4220068260405-tjsp?ref=juris-tabs>>. Acesso em 02 de Junho de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* nº 994040788210 SP, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator: Salles Rossi. Data de Julgamento: 14/04/2010. Data de Publicação: 22/04/2010. Disponível em <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9066760/apelacao-apl-994040788210-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em 02 de Junho de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 14439420125150010, 4ª Turma, Relator: Maria de Assis Calsing. Data de Julgamento: 15/04/2015. Data de Publicação: 17/04/2015. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182343323/recurso-de-revista-rr-14439420125150010>>. Acesso em 12 de Maio de 2018.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

._____. **Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

._____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

._____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2007

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
._____. **Da Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

._____. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. V3. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

._____. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. V. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

._____. **Manual de Direito Civil: Obrigação e Responsabilidade Civil**. Vol. 2. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. apud CARVALHO, 2005

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e Justiça**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V4. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade Civil do Médico**. 1. ed. Rio de Janeiro: DOC, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Obrigações: Abordagem Didática**. 2. Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SENISE LISBOA, Roberto. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua Reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

TEPEDINO, Gustavo. **A Responsabilidade Médica na Experiência Brasileira Contemporânea**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003

VENOSA, Silvio de Salvio. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.