



CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR

CURSO DE BACHARELANDO EM DIREITO

ANDRÉ RICARDO COELHO DA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Campina Grande - PB

2020

ANDRÉ RICARDO COELHO DA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Trabalho monográfico apresentado a coordenação do curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza.

Campina Grande - PB

2020

C837r Costa, André Ricardo Coelho da.
Responsabilidade civil por erro médico / André Ricardo Coelho da
Costa. – Campina Grande, 2020.
58 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-
FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2020.
"Orientação: Prof. Me. Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza".

1. Direito Civil – Responsabilidade. 2. Erro Médico – Responsabilidade
Civil. 3. Reparação de Danos. 4. Excludente de Ilícitude. I. Mendoza,
Gustavo Giorgio Fonseca. II. Título.

CDU 347.51(043)

ANDRÉ RICARDO COELHO DA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Aprovado em: ____ de _____ de _____

Banca Examinadora:

Prof. Me. Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza - Orientador
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR/CESREI

Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR/ CESREI

Ghislaine Alves Barbosa
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR/CESREI

Campina Grande - PB

2020

AGRADECIMENTOS

A minha gratidão ao Deus de amor e bondade que me conduziu durante estes anos com a sua destra fiel, sendo sempre minha fortaleza e esperança em todos os momentos;

Deixo a minha gratidão e dedico o meu amor, a minha esposa Gitana e as nossas filhas, Camila e Mariana, que foram sempre incentivadoras nesta jornada;

Aos amigos que construí por todo o curso, onde pudemos compartilhar alegrias, às vezes, tristezas, os cansaços das labutas do dia-a-dia, aprendendo e ensinando, e construindo laços de verdadeiras amizades;

Ao meu orientador, Professor Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza, que com paciência e dedicação me instrui neste trabalho de conclusão, meu obrigado;

A todos, muito obrigado.

RESUMO

Este trabalho acadêmico tem por objetivo fazer uma abordagem da responsabilidade civil no âmbito do erro médico, discorrendo desde uma linha histórica sobre o instituto da responsabilidade como instrumento de vingança do ofendido até a busca da reparação indenizatória a fim de alcançar o status quo anterior, algo que dentro da responsabilidade civil por erro médico nem sempre é possível, já que, o retorno à saúde ou a vida como antes nem sempre será factível. Trazendo as espécies de responsabilidade civil e seus pressupostos necessários sem os quais não se caracteriza este ramo do direito civil, destacando a natureza da responsabilidade civil na relação médico e paciente, analisando a atividade médica como sendo de meio e a cirurgia estética como sendo de resultado, e os deveres do profissional da medicina. Abordando também a teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica, suas excludentes de ilicitude, e por fim, a responsabilidade dos hospitais, clínicas e similares.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro médico. Culpa. Reparação de danos. Excludente de ilicitude.

ABSTRACT

This academic work has as its main objective an approach to the civil liability in the scope of the medical error, covering from a historical line about the institute of responsibility as an instrument of revenge of the victim to the search for reparation in order to achieve the previous status quo, something that within the civil liability for medical error is not always possible, since surviving or returning to original health conditions will be hardly feasible. It presents the sorts of civil liability and their required assumptions, without which this area of civil law is not characterized, highlighting the nature of the civil liability in the patient-physician relationship, analyzing the medical activity as means and aesthetic surgery as result, and the duties of the medical professional. It also addresses the theory of the loss of a chance in medical civil liability, its exclusions of illegality, and finally, the responsibility of hospitals, clinics and similar workplaces.

Keywords: Civil liability. Medical error. Fault. Damage repair. Excluding illegality

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CEM – Código de Ética Médica

CF – Constituição Federal

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	11
1. RESPONSABILIDADE	13
1.1. Abordagem histórica da Responsabilidade	13
1.2. Conceito Jurídico de Responsabilidade	15
1.3. A importância da Responsabilidade na atualidade.....	16
2. RESPONSABILIDADE CIVIL	18
2.1. Conceito de Responsabilidade civil.....	18
2.2. Distinção entre Responsabilidade e Obrigação.....	20
2.3. Espécies da Responsabilidade	21
2.3.1. Responsabilidade Civil e Penal.....	21
2.3.2. Responsabilidade contratual e extracontratual	23
2.3.3. Responsabilidades subjetiva e objetiva	26
2.4. Pressuposto da Responsabilidade civil	27
2.4.1. Conduta	28
2.4.2. Nexo causal	30
2.4.3. Dano	32
3. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	34
3.1. Natureza da Responsabilidade civil médica.....	34
3.2. Responsabilidade pessoal do médico	36
3.2.1. Obrigação de meio ou fim.....	36
3.2.2. A prova da culpa	38
3.2.3. O dever de informar	41
3.2.4. Os deveres dos médicos.....	42
3.2.5. A Teoria da perda de uma chance.....	44
3.2.6. Cirurgia Plástica – Obrigação de resultado.....	47

3.3. Excludentes da ilicitude da conduta médica.....	50
3.4. Reponsabilidade de hospitais, clínicas e similares.....	52
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa trata sobre responsabilidade civil, um ramo do direito que pressupõe uma atividade humana danosa que se desdobrará numa responsabilidade, ou seja, numa obrigação que alguém terá de reparar um dano causado a outrem, mas, especificamente tratará sobre a responsabilidade civil por erro médico, abordando que a conduta médica movida por negligência, imperícia ou imprudência que pode gerar transtornos imensos para o paciente e para toda uma família, requerendo assim, uma reparação normalmente de caráter indenizatório, uma vez que, nem sempre é possível reparar o dano causado.

A abordagem desenvolvida neste trabalho destaca a importância do tema diante do crescente número de ações de indenizações decorrentes de erros médicos e hospitalares, e dos inúmeros casos de denúncias ao Conselho Regional de Medicina, demonstrando a necessidade de se responsabilizar o profissional da medicina que por uma conduta movida por culpa ou dolo pode provocar ao paciente, danos irreparáveis.

E assim, esta pesquisa se faz relevante quando apresenta a responsabilidade civil médica como meio compensatório do dano ao paciente, também como uma ação punitiva a conduta culposa ou dolosa do médico, e de certa forma serve como ênfase para que a classe médica entenda da necessidade do cuidado, da atenção e qualificação na sua atividade, observando evidentemente os desafios desta nobre e indispensável profissão.

Buscando trazer a natureza da responsabilidade médica, nesta problemática tão delicada da atividade da medicina em defini-la como sendo uma profissão que tem obrigação de meio ou fim nos seus resultados, na relação de médico e paciente, e assim, para alguns doutrinadores se faz necessário à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, o paciente se coloca como parte essencialmente hipossuficiente e vulnerável desta relação.

Evidente que o médico não está condicionado à cura do doente, mas, o profissional da medicina está adstrito a utilizar toda técnica, preparo, e meios necessários para a cura do paciente, já que, o não exercício da sua atividade

de maneira compromissada, eficiente deverá ter na responsabilidade civil ou até penal, a depender do caso, a resposta adequada para satisfazer ou reparar os danos causados a vida ou a saúde de alguém.

A atividade médica é de extrema importância na sociedade, isto é indiscutível, uma vez que, pode salvar vidas, curar enfermos, e desenvolver avanços que produziram melhor qualidade de vida ao paciente.

Mas, se porventura o exercício da medicina for realizado de maneira displicente, imprudente, será geradora de danos à vida de alguém, deve o Estado-Juiz se posicionar de maneira a resguardar a parte vulnerável desta relação, até porque, estamos tratando do bem jurídico mais importante tutelado pela legislação, a vida.

O objetivo geral desta pesquisa está em demonstrar a responsabilidade civil como sendo instrumento de equilíbrio e justiça nos casos que importem o erro médico, ou seja, que violem o dever de cuidado, da utilização da melhor habilidade do médico no tratamento do paciente, desta maneira, observando alguns propósitos específicos.

Na análise e discussão sobre a natureza da responsabilidade civil do médico, aborda a atividade como sendo de meio ou de resultado, e destacando a questão sobre o ônus da prova, numa relação de conflito entre médico e paciente.

Demonstrando a responsabilidade civil por erro médico em casos concretos e assim como tratou a jurisprudência nas situações em que o profissional da medicina pela sua conduta produziu danos à saúde de alguém.

Apresenta, por fim, que nem sempre o dano causado a um paciente está estritamente ligado ao erro médico, já que, existem as excludentes de ilicitude da conduta médica, que podem livrar o médico da responsabilidade civil.

CAPÍTULO I

1. RESPONSABILIDADE

A responsabilidade como instituto do Direito, dentro do campo cível, é um norteador de equidade e justiça, estabelecido num princípio fundamental do próprio Direito, conforme a expressão do jurisconsulto romano Ulpiano, *Neminem laedere*, que significa “não lesar outrem”. Então, iniciaremos nossa abordagem destacando uma linha do tempo sobre a responsabilidade, trazendo o seu conceito jurídico e a importância da responsabilidade na atualidade.

1.1. ABORDAGEM HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE

Nos primórdios da civilização humana, não se examinava a análise da culpa, qualquer dano provocado a alguém gerava normalmente uma reação imediata, do ofendido. Não havia regras e limitações, neste período dominou-se a vingança coletiva, conforme destaca Maria Helena Diniz, “dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa de um dos seus componentes” (DINIZ, 2019, p.27).

Ao longo dos tempos, o dano provocado passou a ter uma reação individual, ou seja, a vingança privada, onde os homens faziam a justiça pelas próprias mãos, era a aplicação da Lei de Talião, em síntese “olho por olho, dente por dente”, era à busca da reparação do mal pelo mal. Neste contexto, a responsabilidade se apresentava como objetiva, já que, era uma reação do ofendido contra a causa do aparente dano.

Num período já mais avançado, quando já existe uma autoridade superior começa a se proibir a vítima de fazer a própria justiça. Numa abordagem do direito romano, começa a se fazer uma distinção de pena e reparação, e entre delitos públicos e delitos privados. E com o fortalecimento do Estado, surge o período da composição dos danos, conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves, “quando já existe uma autoridade soberana, o legislador veda à vítima de fazer justiça com as próprias mãos. E a composição econômica, de voluntária passa a ser obrigatória, e, ao demais tarifada” (GONÇALVES, 2017, p.25).

Ao analisarmos o direito comparado, teremos no direito Francês, o aperfeiçoamento paulatino das ideias românicas, estabelecendo nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil. Conforme destaca Carlos Roberto Gonçalves:

Aos poucos foram estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência (GONÇALVES, 2017, p.26).

No direito brasileiro a responsabilidade civil vem estar disposta no Código criminal de 1830, atendendo as bases estruturais da Constituição do Império, no qual transformou-se em código civil e também criminal, buscando trazer justiça e equidade nas relações jurídicas.

Mas, foi com o Código civil de 1916 que houve uma expansão da aplicação da responsabilidade civil, filiando-se inicialmente no entendimento da teoria subjetiva, pelo qual, exige se a prova de culpa ou dolo do causador do dano a fim de que seja obrigado a repará-lo. Contudo, dentro deste contexto de evolução a responsabilidade civil progrediu em novos rumos, baseando-se o dever de reparação não somente na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, que neste caso, passa a ser objetiva, ou seja, podendo ocorrer à indenização sem a necessidade de existência de culpa (GONÇALVES, 2017).

Assim discorre Carlos Roberto Gonçalves sobre esta evolução:

Nos últimos tempos ganhou terreno a chamada teoria do risco, que, sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima (GONÇALVES, 2017, p.27).

A responsabilidade com base na culpa se manteve no Código Civil brasileiro de 2002. Embora trazendo a moderna tendência da responsabilidade objetiva como dispõe o art. 927, parágrafo único, do Código Civil:

Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Desta forma, o Código civil brasileiro hodierno evidencia a necessidade do elemento culpa para provocar a responsabilidade, mas, também destaca a presença da responsabilidade objetiva, que neste caso não prescinde do requisito culpa a fim de responsabilizar alguém em reparar o dano ocasionado.

1.2. CONCEITO JURÍDICO DE RESPONSABILIDADE

A Responsabilidade tem sua gênese enquanto fenômeno jurídico nas relações conflituosas do ser humano. Dessa forma, com o aumento populacional, e com o avanço tecnológico, que impulsionou o progresso material, vindo a trazer inúmeros perigos a integridade da vida humana e em decorrência disto o problema da responsabilidade.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018), a palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contém, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais.

Portanto, toda atividade que de certa forma acarreta prejuízo traz consigo a noção de responsabilidade. Tem se então o objetivo de restaurar o equilíbrio, de reparar um dano ocasionado. De acordo com Gonçalves (2017), responsabilidade exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidades, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018) com relação ao conceito jurídico da responsabilidade assim dispõe:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesante) de acordo com os interesses lesados (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 893)

Entende-se então, que a responsabilidade está sempre ligada ao fato de reparar um dano, de assumir as consequências de um ato ilícito que provocou prejuízo a alguém, destarte, a responsabilidade é o instrumento de equilíbrio, de buscar a reparação pelo dano provocado.

1.3. A IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE NA ATUALIDADE

A responsabilidade como ramo do direito civil é parte essencial, até porque, seus alvos estão entrelaçados, uma vez que, o direito na sua essência traz a ideia de justiça, de equidade, de trazer uma harmonia quebrada, assim busca a responsabilidade em trazer o equilíbrio perdido, a restauração diante de um dano, de um prejuízo sofrido por alguém.

Assim pondera Maria Helena Diniz:

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado, pois, como pondera José Antônio Nogueira 'o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito visto que todo o direito se assenta na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada' (DINIZ, 2019, p. 21).

A responsabilidade civil funciona como um freio social para as condutas lesivas, para os atos ilícitos que são geradores de danos e conseqüentemente de perturbação social, caso não haja a reparação devida, na proporção do dano, do prejuízo causado. Destarte, a responsabilidade civil, funciona como norma legal, que tem um sentido tríplice: reparar, punir e educar.

Dessa forma, a ofensa aos bens jurídicos pode gerar responsabilização em dois graus, assim assevera Gagliano e Pamplona Filho, quando o ordenamento visa à prevenção/repreensão pelo Direito Público (Direito Penal)

ou quando busca uma reparação dos danos causados pelo autor (Responsabilidade Civil). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Nesse entendimento, no campo da responsabilidade civil, Gagliano e Pamplona Filho destacam o que pensa Clayton Reis:

O ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção de dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 908).

Portanto, dentro da importância da responsabilidade civil, destaca-se pelo menos três funções, que podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva. Na primeira função, encontra-se o objetivo básico da finalidade da reparação civil: retornar as coisas ao status quo ante, ou, quando não é mais possível, impõe-se o pagamento de um quantum indenizatório. Numa outra função secundária, está a ideia de punição do ofensor, de certa forma, persuadindo-o a não lesionar mais. E por fim, uma terceira função, de cunho educativo, que é tornar público que condutas lesivas não serão toleradas, servindo assim, por via indireta a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018)

Já Maria Helena Diniz (2019) infere que a responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e em sua natureza, é compensatório, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito. Destaca assim:

Tem uma função essencialmente indenizatória, ressarcitória ou reparadora, Portanto, sendo dupla a função da responsabilidade: a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante reparação de dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos (DINIZ, 2019, p. 25).

Cavaliere (2010) vai evidenciar que o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça, O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima.

Desta forma, diante da evolução da dinâmica das relações humanas na sociedade, e dos avanços tecnológicos, que refletem nos perigos normalmente gerados as pessoas, competente ao Direito, no campo da responsabilidade civil, ser um instrumento de segurança jurídica, seja na esfera garantidora, como na esfera punitiva, de reparação indenizatória a vítima, justamente para inibir novo ato danoso ao outro, sendo assim, um desmotivador social de atos ilícitos.

CAPÍTULO II

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem sua origem na lesão de um bem tutelado mediante uma conduta culposa no sentido lato sensu, seja por culpa ou dolo, gerando assim, a necessidade de reparação do dano, de indenização pecuniária, nesta vertente, apresentaremos considerações sobre o conceito de responsabilidade civil, suas espécies, e os pressupostos fundamentais pelo qual a responsabilidade civil se estabelece: a conduta humana, o dano e o nexo causal.

2.1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conceituar institutos do direito não é uma tarefa fácil, normalmente se encontra as mais variadas conceituações, que podem exprimir de forma simplista ou podem abranger de forma ampla as considerações de definição da responsabilidade civil.

Serpa Lopes apud Maria Helena Diniz diz que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de uma circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva, Maria Helena Diniz apresenta a seguinte conceituação: “poder-se-á definir responsabilidade civil como aplicação de medidas que obriguem a alguém a reparar dano moral ou patrimonial, causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal” (DINIZ, 2019, p. 50).

Nesse diapasão, observa-se que a responsabilidade civil parte do pressuposto de uma ação danosa contra alguém, seja violando norma legal ou contratual, mas, que produz consequências do seu ato contra alguém.

No tocante a conceituação da responsabilidade civil, Gagliano e Pamplona Filho (2018) vão dizer que “responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao

pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior das coisas”.

Destaca-se que a definição de Gagliano e Pamplona Filho (2018) evidencia o propósito inicial da responsabilidade civil que seria voltar, retornar, repor, o status quo ante, porém, nem sempre é possível, ou poderíamos afirmar que não maioria das vezes a indenização pecuniária será o caminho comum deste instituto jurídico.

2.2. DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE E OBRIGAÇÃO

Necessário se faz realizar uma distinção entre obrigação e responsabilidade, pois, embora tenham aspectos em comum, não se confundem, possuindo assim suas diferenças.

A obrigação é um vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge então a responsabilidade. Ou seja, não se confundem, obrigação e responsabilidade, pois, está só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. (GONCALVES, 2017)

Sérgio Cavaliere Filho abordando sobre a distinção entre obrigação e responsabilidade, assim preceitua, in verbis:

Embora não sejam comuns nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; e a responsabilidade é um dever sucessivo, conseqüentemente à violação do primeiro. Se alguém se compromete à prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação, violará um dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade (CAVALIERE, 2010, p. 2).

Assim destaca Carlos Roberto Gonçalves, nesta questão no dever jurídico originário e sucessivo:

Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil (GONÇALVES, 2017, p. 24).

Então, poderíamos afirmar que a responsabilidade é consequência do não cumprimento de uma obrigação, por isto, um dever jurídico sucessivo, ou seja, uma obrigação derivada de assumir as consequências jurídicas de um ato lesivo cometido contra alguém.

2.3. ESPÉCIES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Entende-se então, nesta abordagem, que a responsabilidade tem como elemento central uma conduta voluntária que violou um dever jurídico, contudo, dependendo de onde se origina este dever, esta responsabilidade poderá ser analisada sobre algumas perspectivas.

Maria Helena Diniz vai pontuar que as diferentes espécies de responsabilidade civil se dará, quanto ao fato gerador, hipótese em que se terá: a) responsabilidade contratual, oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral; b) responsabilidade extracontratual ou aquiliana, resultante da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz (CC, art. 927), visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual. (DINIZ, 2019)

Mas, a grande maioria da doutrina, discorre sobre as três principais espécies de responsabilidade, destacando a responsabilidade civil e penal, a responsabilidade contratual e extracontratual e a responsabilidade subjetiva e objetiva, pelo qual estaremos fazendo uma abordagem destas perspectivas.

2.3.1. Responsabilidade civil e a responsabilidade penal

A responsabilidade jurídica tem um campo de aplicação mais amplo que apenas o campo do Direito Civil, mas, também abrange outras esferas do Direito, como a área administrativa, tributária e penal.

A Professora Maria Helena Diniz vai discorrer sobre estas duas áreas da responsabilidade civil e penal, da seguinte maneira:

Certos atos ilícitos, devido à sua gravidade por infringir norma de direito público, constituindo crime ou contravenção, e por causa do dano a terceiro, e suas consequências, têm repercussão tanto no cível como no criminal, hipótese em que haverá dupla reação da ordem jurídica: imposição de pena ao criminoso e a reparação do dano causado à vítima (DINIZ, 2019, p. 42).

Logo, na responsabilidade penal se viola o direito público, ou seja, o interesse da sociedade, já na responsabilidade civil o direito lesado é o privado, que neste caso, poderá aquele que sofreu o dano pleitear ou não a reparação.

É preciso, contudo, destacar que em ambos os casos, da responsabilidade civil e responsabilidade penal, decorrem a priori, de um fato juridicamente qualificado como ilícito ou, em outras palavras como não desejadas pelo Direito, pois, praticado em ofensa à ordem jurídica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Mas, há distinções bem nítidas nestes dois campos de responsabilidade. De acordo com Gonçalves (2017), enquanto a responsabilidade penal é pessoal, intransferível, respondendo o réu com a privação de sua liberdade, a responsabilidade civil é patrimonial: é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações. Ninguém pode ser preso por dívida civil, exceto o devedor de pensão oriunda do direito de família. Desse modo, se o causador do dano é obrigado a indenizar e não tiver bens que possam ser penhorados, a vítima permanecerá irressarcida.

Dessa forma, enquanto a responsabilidade civil tem como alvo a pretensão pecuniária, visando à reparação do dano a vítima do seu prejuízo, na responsabilidade penal tem um caráter punitivo normalmente ligado à restrição da liberdade.

Wladimir Valler baseado em Nelson Hungria apud Gagliano e Pamplona Filho, destaca, dessa forma, os aspectos do ilícito civil e o ilícito penal, abaixo transcrito:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Em seus aspectos

fundamentais há uma perfeita coincidência entre o ilícito penal e o ilícito civil, pois, ambos constituem uma violação da ordem jurídica acarretando em consequência, um estado de desequilíbrio social. Mas, enquanto o ilícito penal acarreta uma violação da ordem jurídica, quer por sua gravidade ou intensidade, a única sanção adequada é a imposição da pena, no ilícito civil, por ser menor a extensão da perturbação social, são suficientes as sanções civis, a indenização, anulação do ato, execução forçada, dentre outros meios (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 896).

Portanto, tanto a responsabilidade civil como a responsabilidade penal decorre de uma infração a norma legal, a distinção de certa forma, vai estar na repercussão social e assim nas consequências geradoras, seja no âmbito penal repercutindo com prisão, restrição de direitos ou multa, como na esfera cível trazendo uma reparação de cunho pecuniário a fim de reparar o dano, de buscar a responsabilização pelo ato ilícito.

2.3.2. Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade civil parte do pressuposto de quem viola um dever jurídico, que resulte num dano a alguém, fica obrigado a repará-lo. E este dever, pode ter sua origem numa relação contratual, ou seja, numa obrigação já preexistente ou pode ser gerada por um dever infringindo de uma base legal do direito.

Neste entendimento, para exemplificar a relação contratual Carlos Roberto Gonçalves vai discorrer, da seguinte forma:

Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte, Esta implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389, do Código Civil (GONÇALVES, 2017, p. 44,45).

Nesse diapasão, compreende-se que havendo um vínculo obrigacional anterior, seja tácito ou formal, o dever de indenizar é consequência do inadimplemento de uma relação contratual não cumprida, ou seja, de uma

ilicitude contratual, tendo assim, conseqüentemente a responsabilidade contratual.

Cavaliere Filho (2010), destacando a precisa lição do professor Ricardo Pereira Lima, aponta que “o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Neste último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo negócios obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade”.

Está se falando então, de uma ilicitude que teve como fato gerador um inadimplemento contratual, o nascedouro da responsabilidade civil, neste caso, foi pela violação contratual.

O Professor Carlos Roberto Gonçalves vai destacar (2017), que a responsabilidade contratual abrange também inadimplementos ou mora de qualquer obrigação de contrato, mesmo proveniente de um negócio unilateral, como testamento, procuração ou a promessa de recompensa.

Contudo, quando a responsabilidade não deriva de um contrato, diz-se que ela é extracontratual. Assim pontua Carlos Roberto Gonçalves (2017), que neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil, que todo aquele que causar dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana.

Dessa forma, quando o dever jurídico sucessivo origina-se de uma relação subjetiva, quando as partes envolvidas, ofensor e vítima, não tinham nenhuma relação jurídica preexistente, podemos afirmar que temos nesta situação uma responsabilidade extracontratual.

Diante deste contexto, Sergio Cavaliere apresenta o seguinte resumo das convergências e distinções da responsabilidade contratual e extracontratual.

Em suma, tanto a responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto em contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o

dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas, sim na lei ou na ordem jurídica (CAVALIERI, 2010, p.15,16).

Portanto, na responsabilidade contratual a obrigação tem sua gênese no contrato, desta forma, gerando indenização pela violação contratual, e se originário de uma norma de preceito geral do direito, se dará então uma responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

Maria Helena Diniz (2019) vai destacar que quem pedir a indenização pela culpa contratual não precisará prová-la, uma vez que, necessário será constituir o devedor em mora, ou seja, basta o credor demonstrar que a prestação foi descumprida, já, se a responsabilidade for extracontratual deverá ser provada a culpa do devedor, ou seja, caberá o ônus da prova à vítima.

Nesta mesma seara, Carlos Roberto Gonçalves (2017) vai pontuar que na responsabilidade extracontratual, com base no art. 186 do Código Civil, no caso de um atropelamento, o autor da ação é que fica com o ônus probatório que o fato se deu por culpa do motorista causador do dano.

Sérgio Cavalieri (2010) apresenta que existe uma corrente doutrinária adepta da teoria unitária ou monista, que divergem dessa teoria dicotômica entre responsabilidade contratual e extracontratual, não importando os aspectos como se apresentam a responsabilidade civil no cenário jurídico, uma vez que, os efeitos são uniformes. Embora Cavalieri destaque nos códigos dos países em geral, e também no Brasil, têm se adotado a teoria dualista ou clássica.

Cavalieri vai destacar no tocante a responsabilidade contratual e extracontratual no Código de defesa do Consumidor, in verbis:

O Código de Consumidor, como se verá, superou esta clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos ou

serviços. Ao equiparar ao consumidor todas às vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo (CAVALIERI, 2010, p. 16).

Destarte, embora algumas codificações modernas tendem a aproximar as duas perspectivas da responsabilidade civil, como também apresenta Gonçalves (2017), nos caso do Código Alemão e Português, por exemplo, a grande maioria das outras codificações abraçam a dualidade da responsabilidade contratual e aquiliana, especialmente, nos quesitos ônus da prova e nas fontes que originam a relação.

2.3.3. Responsabilidade subjetiva e objetiva

Fundamentado num pensamento clássico, a culpa será o elemento essencial para considerar a obrigação de reparar ou indenizar um dano, pois, neste caso, teremos a responsabilidade subjetiva, ancorada no pressuposto que para haver responsabilidade civil, deve haver culpa num sentido amplo, ou seja, com culpa ou dolo. Já, quando a responsabilidade independe de culpa, e está fixada numa norma jurídica, também conhecida como teoria do risco, teremos a responsabilidade objetiva.

Assim aborda, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 48):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele liga por um nexo de causalidade, independente de culpa.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2018, p. 901) vão dizer de forma bem direta que a responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. Já nas hipóteses em que não é necessário sequer caracterizar a culpa, se estará diante do que se convencionou chamar de responsabilidade objetiva.

Para Gagliano e Pamplona o Código Civil brasileiro sobre a teoria objetivista, inovou, sobre a matéria, ao trazer o seguinte texto:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CÓDIGO CIVIL, 2002, artigo 927, parágrafo único)

Maria Helena Diniz conceituando a responsabilidade civil vai destacar tanto a responsabilidade subjetiva como a responsabilidade objetiva, desta forma:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de uma simples imposição legal (DINIZ, 2019, p. 51)

A definição da autora supracitada, reverbera em sua estrutura, a ideia de culpa quando se cogita da existência de ilícito, neste caso responsabilidade subjetiva, e a teoria de risco, pela simples imposição legal, neste caso a responsabilidade objetiva.

Dessa Forma, dentro da responsabilidade subjetiva, não há que se falar em reparação de dano, se não estiver presente o elemento culpa em sentido amplo, contudo, no caso da responsabilidade objetiva, aplica-se a teoria do risco, necessitando apenas a presença da violação de uma imposição legal, seria a responsabilidade sem culpa.

2.4. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tomando por base o art. 186 do Código Civil brasileiro, que é âncora essencial para a responsabilidade civil, se extrai os pressupostos deste instituto

jurídico, assim temos: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186, Código Civil, 2002)

Numa análise deste artigo, Stolze e Pamplona (2018) destacam que ele é mais preciso que o Código civil de 1916, sobre o mesmo tema, já que, o atual faz menção ao dano moral, e se podem extrair os seguintes elementos gerais da responsabilidade civil: a conduta humana, seja positiva ou negativa; o dano ou prejuízo; e o nexo de causalidade.

2.4.1. Conduta humana

Fazendo menção ao princípio norteador da responsabilidade civil que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem (*neminem laedere*), faz se concluir que qualquer atividade humana que cause dano a outrem, assim estaremos diante da responsabilidade civil.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018) vão pontuar que apenas o homem, por si só ou por meio de pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado. Desta forma, um fato da natureza, diferentemente, subsumível em uma categoria maior e mais abrangente, de fato jurídico em sentido lato, a despeito de poder causar dano, não geraria responsabilidade civil, por não ser atribuído ao homem.

Trazendo uma definição ao pressuposto da ação, neste aspecto da conduta humana, Maria Helena Diniz conceitua:

A ação, elemento, constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado” (Diniz, 2019, p. 56).

Deve-se ressaltar que esta ação humana, na análise da responsabilidade civil poderá ser comissiva ou omissiva, e ainda deve estar presente o elemento da voluntariedade, ou seja, da consciência do que se está fazendo a fim de se processar a validade da conduta humana para fins da responsabilidade civil.

A depender da forma pela qual a ação humana voluntária se manifesta, conclui Stolze e Pamplona (2018), poderá classificá-la da seguinte forma:

- a) Positiva, sendo traduzido pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa seu veículo contra o muro do vizinho;
- b) Negativa, quando trata-se de uma ação omissiva, geradora de dano. Sendo interpretada como um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado por ele. Por exemplo, a enfermeira que, violando as suas regras de profissão e o próprio contrato de prestação de serviços, deixa de ministrar os medicamentos ao seu patrão por dolo ou negligência.

Algo a se ressaltar é que a doutrina de forma geral vai destacar que a ilicitude é algo necessário na conduta humana a fim de se enseje a responsabilidade civil.

Ponderando sobre o ato ilícito como fonte da obrigação de indenizar, Maria Helena Diniz (2019) vai destacar que no nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade da conduta do agente. Ainda afirma que o ilícito tem duplo fundamento: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente.

Assim assevera Stolze e Pamplona (2018) sobre a ideia de configuração da responsabilidade civil sobre a conduta do agente infrator e suas consequências, devendo a referida atuação lesiva ser contrária ao direito, ilícita ou antijurídica.

Portanto, como regra geral a ilicitude ou antijuricidade deve estar presente na ação volitiva do ser humano, como fonte geradora da responsabilidade civil e assim da necessidade de reparação do dano seja moral ou patrimonial.

Porém, Stolze e Pamplona (2018) vão destacar que a imposição do dever de indenizar poderá existir mesmo quando o agente atua lícitamente. Ou seja, poderá haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuricidade, ilicitude ainda que excepcionalmente, por força de norma legal. Alguns exemplos, postos pela doutrina, de responsabilidade pelos danos resultantes de ato lícitos são: por motivo de interesse público, a indenização de vida por expropriação; e por motivo de interesse privado, o ato praticado em estado de necessidade.

Logo, conclui-se que em regra geral, de forma não absoluta, a ilicitude acompanha a conduta humana causadora do dano a ser reparado, contudo, existe a responsabilidade civil por ato lícito que depende sempre de norma legal que assim preveja.

2.4.2. **Dano**

O dano ou prejuízo é elemento ou pressuposto essencial para caracterizar a configuração da responsabilidade civil, ou seja, não havendo dano não há que se falar em responsabilidade.

Cavaliéri Filho apud Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho salienta a inafastabilidade do dano desta forma:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado, etc. – o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que sem dano, não haverá o que se reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou danosa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 920).

A professora Maria Helena Diniz (2019) ressalta que sendo o dano um dos pressupostos da responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual, não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. E isto é assim porque a responsabilidade resulta em uma obrigação

de ressarcir, que logicamente não poderá concretizar-se onde nada há que reparar.

Gagliano e Pamplona Filho (2018) vão definir o dano como sendo a lesão a interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do agente infrator.

A professora Maria Helena Diniz (2019) identifica que para que haja a comprovação do dano, será imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos: a diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a pessoa; a certeza do dano; a causalidade entre a lesante e o prejuízo; a subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; e a legitimidade para pleitear a reparação; e por fim a ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Destarte, esta lesão a um bem jurídico, pode ser tanto patrimonial como moral, ou seja, pode afetar os bens materiais integrantes ao patrimônio da vítima ou violar à honra, o nome, à intimidade, à privacidade, à liberdade, direito ligados a dignidade da pessoa humana.

Na esfera do dano patrimonial, se traduz pela lesão aos bens economicamente aferíveis do seu titular, que podem ser analisados sob duas perspectivas, o dano emergente, que corresponde o que a vítima efetivamente sofreu de prejuízo imediato, e os lucros cessantes, que corresponde o que a vítima deixou de razoavelmente ganhar durante um determinado período.

Em relação ao dano moral, Maria Helena Diniz (2019) vai conceituar dizendo que: “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica (art. 52, CC; Súmula 227, STJ), provocada pelo fato lesivo”. (DINIZ, 2019, p. 108)

Gagliano e Pamplona Filho vão dizer:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados

constitucionalmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 932).

Importante ressaltar, por fim, que a reparação indenizável dos danos patrimoniais e morais podem ser cumulativas, ou seja, uma não inviabiliza a outra, podendo um agente infrator violar o direito de outrem tanto na esfera econômica, como também na esfera extrapatrimonial, e assim, haver uma ação indenizatória cumulativa destes danos.

2.4.3. Nexo causal

Cavaliere Filho (2010) destaca que a rigor, o nexu causal, deve ser a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. E Assim assevera Cavaliere:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado deste ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexu causal. Cuida-se então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele (CAVALIERI, 2010, p.47).

Dessa forma, podemos concluir que o nexu de causalidade é o pressuposto de referência entre a conduta e o seu resultado. Será o vínculo entre a conduta do agente infrator e o dano ou prejuízo a outrem.

Maria Helena Diniz (2019) vai ponderar que este nexu causal representa, então, uma relação necessária entre o evento danoso e ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Porém, a professora destaca que não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu, bastando apenas que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido, ou seja, mesmo que não seja causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Para Cavalieri o nexo causal pode ser compreendido da seguinte forma:

O conceito de nexo causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece vínculo entre determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado (CAVALIERI, 2010, p. 47).

Cavalieri Filho (2010) pontua que o nexo de causalidade é um elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Podendo haver responsabilidade sem culpa, como se dá na responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal.

Por fim, Maria Helena Diniz (2019) vai destacar em relação aos motivos de excludentes do nexo causal, que não haverá nexos se o evento se der:

- a) Por culpa exclusiva da vítima;
- b) Por culpa concorrente;
- c) Por culpa comum;
- d) Por culpa de terceiro;
- e) Por força maior ou caso fortuito;
- f) Por cláusula de não indenizar.

Contudo, as possibilidades de excludentes do nexo causal devem ser submetidas a apreciação pelo juízo, uma vez que, precisam ser examinadas e comprovadas a fim de exonerar o agente ofensor.

CAPÍTULO III

3. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Convém destacar que algumas profissões na sua atividade podem apresentar alguns riscos a sociedade, uma vez que, o erro profissional poderá ocasionar morte, desastres, problemas na saúde de alguém, e outras situações de perigo a coletividade.

Diante da importância da profissão médica e do seu mister de proporcionar ao paciente todos os cuidados de ordem técnica e de atenção necessária, como também diante do perigo que o exercício desta profissão praticada de forma negligente, imprudente ou imperita pode ocasionar, o instituto da responsabilidade civil médica é um instrumento importante para reparar possíveis danos causados a outrem, e convém nessa diapasão, avaliar a natureza e o tipo de obrigação que assume o profissional da medicina, e as excludentes da responsabilidade da conduta médica.

Destarte, estaremos nos aprofundando na natureza da responsabilidade civil médica, na responsabilidade pessoal do médico, buscando entender a atividade médica como sendo obrigação de meio ou de resultado, assim como a prova de culpa diante de uma conduta danosa ao paciente, além de destacar Jurisprudências que tem fundamentado as posições jurídicas dos dilemas desta profissão na atualidade.

3.1. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Para Carlos Roberto Gonçalves:

Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito se tenha discutido a este respeito, hoje não pairam mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica (GONÇALVES, 2017, p. 266).

Explica Savatier apud por Gonçalves:

que a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor comprometido a um resultado determinado ou a simplesmente conduzir-se de certa forma. É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se

compromete a curar, mas, a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão (GONÇALVES, 2017, p. 267).

Logo, embora a relação entre paciente e médico seja contratual, entende-se que a culpa não é presumida, devendo ser provada no caso concreto, a fim de se apurar a responsabilidade do médico, avaliando a sua atuação na perspectiva do zelo e da utilização dos recursos técnicos adequados.

O teor do artigo 951, do CC, temos, in verbis:

Os dispostos 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, agravando-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Compreende-se com o texto, que o profissional que agiu com culpa deve indenizar a vítima, contudo, cabe ao lesado provar que o profissional agiu com negligência, imperícia ou imprudência.

Maria Helena Diniz (2019) também entende ser nítido o caráter contratual do exercício da medicina, pois, apenas excepcionalmente terá caráter de natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentadoras da profissão. Para Diniz, o médico que atende a um chamado determina, desde logo, o nascimento de um contrato do doente ou com a pessoa que o chamou.

Cavaliere Filho (2010) vai concluir que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa comprovada. Cabendo ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar o resultado negativo do tratamento por causa de negligência, imprudência ou imperícia do médico. Ainda destaca que o Código de Defesa do Consumidor, no § 4º do seu art. 14, abriu uma exceção, pois, embora o médico seja um prestador de serviço, dentro do sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido, esta responsabilidade do profissional liberal, como o médico, será mediante verificação de culpa.

Assim dispõe o CDC, no seu § 4º, art. 14: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa”

Portanto, parece pacificado o entendimento da natureza contratual na relação entre o médico e o paciente, porém, a inteligência é que a responsabilidade está fundamentada na culpa e devendo em regra geral ser aquele que se sente prejudicado provar que o profissional da medicina agiu com culpa, algo que nem sempre é tarefa fácil.

3.2. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MÉDICO

Cavaliere Filho (2010) vai apresentar ainda uma divergência por parte dos doutrinadores sobre a natureza da avença celebrada entre o médico e o paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços, e para outros um contrato *sui generis*. Assim discorre Cavaliere:

Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda, de protetor do enfermo e de seus familiares, parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de contrato *sui generis*, e não de mera locação de serviços, consoante a orientação adotada pelos Códigos da Suíça e da Alemanha. (CAVALIERI, 2010, p.385)

Nesta relação contratual, uma condição inerente a prestação do serviço dos médicos é que eles devem se comprometer a tratar o cliente com zelo, sempre se utilizando dos melhores recursos, embora, não podendo se comprometer com a cura do paciente.

Carlos Roberto Gonçalves (2017) vai dizer que os médicos somente serão responsabilizados civilmente quando ficar comprovada qualquer modalidade de culpa: negligência, imprudência ou imperícia.

3.2.1. Obrigação de meio ou de fim

O entendimento da atividade médica como obrigação de meio ou de fim é essencial para a aplicação da responsabilidade civil, especialmente no campo desta profissão, já que, se entende que a obrigação de resultado, a culpa é presumida, e na obrigação de meio precisa ser provada, como em regra é a atividade do médico.

Sobre a atividade do médico, Cavaliere Filho assim assevera:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas, a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos (CAVALIERI, 2010, p. 385).

Assim Maria Helena Diniz (2019) exemplifica, ao dizer, que o médico que atende um chamado determina, desde logo, o nascimento de um contrato com o doente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo, estabelecendo assim, um contrato entre o médico e seu cliente, que se apresenta como obrigação de meio, e não de resultado, por não comportar o dever de curar o paciente, mas sim de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme o progresso da medicina, nos termos do CDC, art 14, § 4º; CC, art 951.

Então, podemos concluir que um paciente que vem a falecer sob os cuidados de um médico, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia, não haverá inadimplemento contratual, uma vez que, o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo com toda presteza, atenção e a melhor técnica.

Carlos Roberto Gonçalves destaca que:

Embora o contrato médico integre o gênero 'contrato de prestação de serviços', o seu conteúdo atende à especialidade própria a esse campo da atividade humana, não se confundindo com qualquer outro ajuste de prestação de serviços, até porque não há o dever de curar o paciente. Por isso, concorrem elementos e fatores que distinguem a culpa dos médicos da exigida para responsabilizar integrantes de outras profissões. A obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e o saber profissional próprios do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento. Dele se exige, principalmente, um

empenho superior ao de outros profissionais (GONÇALVES, 2017, p. 269).

Contudo, haverá situações que o médico poderá ser responsabilizado mediante determinadas condutas.

Carlos Roberto Gonçalves (2017) vai apresentar que pode haver responsabilidade delitual dos médicos quando, por exemplo, negam socorro, quando dão atestados falsos, pela falta de vigilância sobre o doente, ou até, quando delegam a terceiros que estejam sob suas ordens os cuidados de um doente.

Destaca-se a Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo que confirmou a obrigação de meio, mediante atividade médica, conforme a ementa de julgamento de recurso a seguir:

Erro médico. **Sentença de improcedência.** Inconformismo. Não acolhimento. Prestação de serviços médicos. Alegação de atendimento médico inadequado. Descabimento. Laudo pericial bem detalhado e bem elaborado concluiu que não foram constatados os danos físicos alegados pelo autor da inicial, bem como que as restrições laborais e de postura são devido a existência de doença de coluna lombar, as quais não estão relacionadas ao seu tratamento, e nem a seus eventuais maus resultados. Inocorrência de desídia no atendimento médico. **Ademais, no caso, trata-se de obrigação de meio e não de resultado.** Ausência de responsabilidade da parte ré em indenizar. Inteligência do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. **Sentença de improcedência mantida.** Ratificação, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno. **Recurso não provido.** (TJ-SP – APELAÇÃO CIVIL AC 00224118520068260597 SP 0022411-85.2006.8.260597, grifo nosso).

Portanto, a regra é que atividade profissional do médico já consagrada pela doutrina revela-se como sendo uma obrigação de meio, devendo tal profissional se comprometer com a utilização das melhores técnicas e recursos para salvaguardar a vida e a saúde do paciente, mas, não lhe sendo imputado o dever de curar o enfermo.

3.2.2. A prova da culpa

A prova de culpa, algo essencial, para que fique exposta a responsabilidade civil na atividade do profissional liberal, tal como atividade do médico, não vem a ser tarefa fácil de ser provada, especialmente ficando a cargo do paciente.

Cavaliere vai colocar duas situações de dificuldades para a produção da prova de culpa:

[...]Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. Em segundo lugar porque a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento técnico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas. E nesse campo, lamentavelmente, ainda funciona o *esprit de corps*, a conspiração do silêncio, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado (CAVALIERI, 2010, p. 386).

Temos em destaque a Jurisprudência do TJ-DF, que enfatiza na ementa deste acórdão, in verbis:

Erro médico. **necessidade de comprovação de culpa do médico vinculado ao hospital.** Não demonstração. Responsabilidade civil afastada. Laudo Pericial. Presunção de imparcialidade. Honorários. Equidade. Sentença mantida. 1. Apelação jurídica travada entre as partes configura típica relação de consumo (Lei 8078/90), porque envolve fornecedora de serviços hospitalares e o destinatário final da prestação, no caso, o autor. **2. A responsabilidade civil do médico é embasada no sistema subjetivo de culpa, cabendo ao paciente comprovar que os danos sofridos advieram de um serviço culposamente mal prestado (art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor).** 3. A responsabilidade do hospital pelo erro médico do profissional, por sua vez, é objetiva, fundada na teoria do risco da atividade (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, e arts. 186 e 927 do Código Civil). 4. Não há como imputar qualquer conduta danosa ao médico quando não houver qualquer irregularidade no procedimento médico adotado, sendo indevida qualquer indenização por danos morais por erro médico. 5. Quanto a responsabilidade do hospital réu, embora objetiva, não restou

demonstrada a falha na prestação de serviço, rompendo a relação de causalidade entre esta e o resultado lesivo alegado. 6. A presunção de imparcialidade do laudo pericial não é afastada tão somente pelo fato de as conclusões do profissional técnico irem de encontro ao direito postulado pelo autor. 7. O valor dos honorários advocatícios deve mostrar-se razoável e condigno, e não excessivo ou ínfimo, a remunerar o trabalho do profissional, mostrando-se na hipótese peculiar dos autos, correto o valor fixado mediante apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil. Apelação cível do autor desprovida. Apelação dos réus desprovida. (TJ-DF – 20150610084987 0008429 – 44.2015.8.07.0006 - TJ-DF, grifo nosso).

Dessa forma, a doutrina e a Jurisprudência, como regra, consideram que a responsabilidade médica de um dano ocasionado à vida ou saúde de um paciente, na sua forma subjetiva, e caberá a este comprovar que o médico agiu de forma negligente, imprudente ou imperita.

Sendo assim, a prova da conduta médica movida de negligência, imperícia ou imprudência, constitui na prática um verdadeiro desafio para as pacientes vítimas de erro médico.

Nesta problemática, Carlos Roberto Gonçalves (2017) vai pontuar que o médico, sendo prestador de serviço, a sua responsabilidade, embora subjetiva, estará sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII. Já que, a hipossuficiência do paciente, mormente não é apenas econômica, mas precipuamente técnica.

Nessa mesma intelecção, Cavalieri (2010) vai destacar que o Código de Defesa do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial privilegiado, apenas os exclui do sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido. Logo, como fornecedores de serviços que são, estão subordinados a todos os demais princípios e regras do CDC, entre os quais a inversão do ônus da prova nos casos em que assumem a obrigação de resultado.

Portanto, a regra geral, é que compete ao paciente a prova de culpa de um dano sofrido culposamente por uma ação ou omissão do profissional da

medicina, contudo, nos casos em que o médico assume a obrigação de resultado caberá a ele o ônus da prova, assim como, no entendimento do Juízo que poderá decidir pela inversão do ônus da prova, diante da hipossuficiência técnica do paciente, invocando a relação consumerista.

3.2.3. O dever de informar

A atividade do médico nas mais diversas áreas é conseqüentemente perigosa, uma vez que, tem se o risco inerente na própria natureza do serviço prestado seja numa cirurgia ou num tratamento, que por mais simples que sejam podem produzir danos à saúde ou até conseqüências mais gravosas, portanto, o deve de informar ao cliente, o tipo de tratamento, a sua duração, os riscos e conseqüências, serão essenciais para dirimir qualquer responsabilidade do médico.

Assim dispõe o CDC, no tocante ao dever de informar:

São direitos básicos do consumidor:

I – [...]

II – [...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inciso III)

O dever de informar, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2017), estabelecido no CDC, está ligado ao princípio da transparência e obriga o fornecedor a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço. Esse princípio fundamenta-se na necessidade de serem fornecidas as informações corretas, precisas e claras sobre os serviços, e bem como os riscos inerentes que apresentem a saúde e segurança dos consumidores.

Gonçalves (2017) vai destacar que o dever de informar integra o grupo dos deveres de informação o de orientar o paciente ou seus familiares a respeito dos riscos existentes, no tocante ao tratamento e aos medicamentos a serem indicados.

Cavaliere Filho vai asseverar também que:

Na verdade o direito à informação está no elenco dos direitos básicos do consumidor: informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam (art. 6º, III, do CDC). A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitem dar, ou não, o consentimento. É o chamado consentimento informado, considerando hoje, pedra angular no relacionamento do médico com o paciente (CAVALIERI, 2010, p. 392)

Compreende-se então, que o médico em princípio não responde pelos riscos existentes em algum tratamento ou procedimento quando exercem a correta informação ao paciente, porém, podem eventualmente responder ao deixar de informar ao paciente as consequências possíveis advindas do tratamento a ser submetido.

Cavaliere (2010) destaca ainda que o conteúdo do dever de informar do médico, segundo unanimidade da doutrina, compreende todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para sua formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, tais como, riscos, consequências do tratamento, chance de êxito, efeitos colaterais e outros aspectos relevantes.

Portanto, o médico além do dever de utilizar-se da melhor técnica e preparo, da atenção cuidadosa para a cura do paciente, tem o dever fornecer todas as informações necessárias sobre o tratamento ou cirurgia indicado ao caso, seus riscos e possibilidades de sucesso, e desta forma, resultando no consentimento indispensável do paciente ou responsável.

3.2.4. Dos deveres dos médicos

Quando analisamos dos deveres da atividade do profissional da medicina, fica claro, que o seu dever vai além do tratamento terapêutico do enfermo para sua melhora, como também o dever de informar, já que, acompanha outros cuidados necessários nesta relação médico e paciente.

Maria Helena Diniz (2019) vai expressar que o contrato do médico contém, implicitamente, os seguintes deveres:

- 1) De dar conselhos ao seu cliente, logo, o médico responderá por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente no que concerne às precauções exigidas pelo seu estado;
- 2) De cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina;
- 3) De abster-se do abuso ou do desvio de poder, pois, o médico não terá o direito de tentar experiências médicas sobre o corpo humano, a não ser que isso seja imprescindível para enfrentar o mal que acarreta perigo de vida ao paciente.

Para Melo (2008), dentre os deveres dos médicos, talvez o mais importante, fosse o de qualificar-se e atualizar-se para o exercício profissional adequado da medicina, procurado estar permanentemente informado sobre novas técnicas, medicamentos e equipamentos, conforme prevê o CEM.

No Código de Ética do Médico – CEM, encontraremos alguns deveres estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, dentre eles:

- É vedado delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica (art. 2º);
- Atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria (art. 7º);
- Esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença (art. 13);
- Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade (art. 20);

- Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la (art. 26);
- Deve usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente (art. 32);
- É vedado deixar de esclarecer ao doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos (art. 44);
- Sendo proibido revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente (art. 73);
- Fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta (art. 86).

Evidentemente, que a lista de deveres acima abordada, não tem um caráter exaustivo, tendo em vista, que a medicina no seu exercício sempre vai colocar responsabilidade no tocante a deveres ao médico, pelo zelo, prudência, atenção, e utilização da melhor técnica e preparo deste profissional na relação com o seu paciente.

3.2.5. A teoria da perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance teve seu nascedouro na doutrina francesa, por volta da década de 60 do século XIX, e de modo geral caracteriza-se tal ensino quando pela conduta, comissiva ou omissiva de alguém, que faz desaparecer a possibilidade de um benefício futuro para a vítima, então, seria necessária a reparação pela chance perdida, uma vez que,

existia uma probabilidade que a chance de êxito seria realizada e a sua perda resultaria num prejuízo para a vítima.

Carlos Roberto Gonçalves discorre, in verbis:

“A construção dessa hipótese – o dano derivado de perda de uma chance – deve-se a Jurisprudência francesa, que desde o final do século XIX entende indenizável o dano resultante da diminuição de probabilidades de um futuro êxito, isto é, nos casos em que o fato gerador da responsabilidade faz perder a outrem a possibilidade (chance) de realizar um lucro ou evitar um prejuízo. Se a chance existia, e era séria, então entra no domínio do dano ressarcível. (GONÇALVES, 2017, p. 270)

No tocante a teoria da perda de uma chance na atividade médica, Cavalieri Filho (2010) vai pontuar, que ela ficou conhecida como a teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, entendendo-se por chance a probabilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar uma perda.

O douto Cavalieri Filho vai destacar sobre a verificação de teoria da perda de uma chance da seguinte forma:

É preciso, portanto, verificar em cada caso concreto se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória ou hipotética, sob pena de tornar o médico responsável por tudo. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o paciente tinha de conseguir o resultado. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 395).

Portanto, caso tenha se ajuizada uma ação contra um médico que busca responsabilizá-lo sobre o fundamento de uma conduta que ocasionou a perda da possibilidade de cura ou sobrevivência de alguém, deverá ser analisado no caso concreto pelo juiz, a fim de se apurar se realmente a conduta do médico provocou a perda de uma chance, da real possibilidade de cura ou sobrevivência do enfermo, para que assim venha ser fixada a indenização pela diminuição ou perda real desta possibilidade de cura.

Gonçalves ainda acrescenta sobre o tema, destacando:

Assinala-se que o retardamento nos cuidados, desde que provoque dano ao paciente, pode importar em responsabilidade pela perda de uma chance. Consiste esta na interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade, ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de se obter uma vantagem futura. Essa perda de uma chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2017, p. 270).

Desta forma, a intelecção da teoria da perda de uma chance esta intimamente ligada com a chance perdida que poderá ser reparável se caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de um fato consumado, que neste caso, da atividade médica, será a perda de uma chance que resultou na perda de uma possibilidade real de uma vantagem, de um resultado favorável no tratamento do paciente.

Neste viés, destaca-se uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. Autor menor impúbere que deu entrada no hospital réu com quadro de meningococcemia, corretamente diagnosticada e tratada pela equipe médica, de acordo com o laudo pericial. **Episódio de extubação ocorrido durante o período de internação em UTI pediátrica. Possibilidade de interferência deste episódio no resultado produzido no menor com relação aos danos neurológicos que o acometeram, nos termos dos esclarecimentos prestados pelo expert. Aplicação da teoria da perda de uma chance.** Responsabilidade objetiva dos réus (art. 14 CDC). Solidariedade da operadora do plano de saúde (arts. 7º e 25, parágrafo único, do CDC). Dano moral fixado de maneira adequada pelo Juízo a quo, no valor de R\$ 150.000,00 para o menor e R\$ 50.000,00 para sua genitora. Pensionamento vitalício a ser pago ao autor Yan Carlos a partir dos 14 anos de idade. Honorários de sucumbência adequadamente fixados em 10% do valor da condenação. Sentença prestigiada. Negado provimento aos recursos. (APELAÇÃO – 1º EMENTA – 0019778-61.2005.8.19.0038 – DES. ANTÔNIO CARLOS ARRABIDA PAES – JULGAMENTO:

13/04/2016 – VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL) (grifo nosso)

Destarte, devendo ser a atividade médica uma obrigação de meio, por onde o médico deve se utilizar de todo conhecimento e técnica que possibilite as maiores chances de cura e sobrevivência do paciente, contudo, quando o profissional da medicina por uma conduta comissiva ou omissiva ocasiona a perda desta possibilidade de cura ou sobrevivência do enfermo, podemos concluir que se torna inevitável à aplicação de teoria da perda de uma chance na responsabilização do mesmo.

3.2.6 Cirurgia plástica – obrigação de resultado

A Cirurgia plástica que tem o objetivo precípuo de melhorar a estética do cliente, possui na doutrina o entendimento que a natureza contratual é essencialmente de resultado, uma vez que, aqueles que buscam a cirurgia estética não estão doentes, mas, que desejam melhorar ou corrigir defeitos, e não sendo alcançados os resultados acertados, nasce então o direito a pretensão indenizatória.

Porém, é preciso fazer uma distinção entre a cirurgia estética que tem a finalidade essencial para o embelezamento, da cirurgia corretiva, que visa corrigir deformidades congênitas ou às vezes deformidades ocasionadas por acidente, como acidentes automobilísticos ou queimaduras, já que, nestes casos, não caberá uma obrigação de resultado, tendo em vista, que por mais competente seja o médico e que se utilize da melhor técnica, não poderá garantir, nem eliminar completamente o defeito ocasionado pelo acidente.

Nesta distinção, Cavalieri Filho pontua, in verbis:

O mesmo já não ocorre com a cirurgia estética. O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física – afinar o nariz, eliminar rugas do rosto, etc. Nesses casos, não há dúvida, o médico assume a obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia. O ponto nodal, será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperado. Se o paciente só foi informado de resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser

advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica (CAVALIERI, 2010, p. 396).

Embora, a grande maioria da doutrina entenda que a cirurgia estética é uma obrigação de resultado, esta posição não é uníssona, entendendo neste viés, que qualquer cirurgia possui riscos inerentes as imprevisibilidades de cada organismo e das situações diversas, e neste caso, inclusive a cirurgia plástica, deveria ser também entendida como obrigação de meio.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior apud Carlos Roberto Gonçalves vai afirmar assim:

Depois de reconhecer que, no Brasil, a maioria da doutrina e da Jurisprudência defende a tese de que se trata de uma obrigação de resultado, quando o paciente é saudável e apenas pretende melhorar a sua aparência, manifesta sua opinião no sentido de que o 'o acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meio. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico." (GONCALVES, 2017, p. 273).

Contudo, apesar do entendimento do mestre Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a doutrina e a Jurisprudência tem reconhecido a existência de uma relação contratual de resultado entre o médico e o paciente, uma vez que, alguém que se submete a contratar um cirurgião estético, com elevado gastos para melhorar o seu rosto ou corpo, espera que o resultado seja melhor do que o estado anterior, então neste caso, caberá ao médico provar que o insucesso desejado pelo cliente se deu por causas e fatores imprevisíveis.

No tocante às indenizações previstas quando a cirurgia plástica não atinge os resultados programados, Carlos Roberto Gonçalves (2017) destaca que com a cirurgia estética malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. E que a indenização vai abranger normalmente, todas as despesas efetuadas na cirurgia, os danos morais em razão do prejuízo estético, bem como a verba para tratamentos e novas cirurgias.

No tocante as indenizações o STJ na súmula 387 admite a cumulação de danos morais com danos estéticos, in verbis: “É lícita à cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Podendo assim, aquele que sofreu o dano pleitear normalmente a indenização pelo ressarcimento dos gastos com a cirurgia estética, como a posterior para correção em tratamento ou nova cirurgia, assim como o dano moral.

Reforçando as teses de decisões em relação ser a cirurgia estética uma atividade-fim, o STJ em sede de Recurso Especial manteve uma decisão do TJ-SP no entendimento que a responsabilidade do cirurgião plástico é de resultado, aplicando a inversão do ônus da prova, e neste caso, não houve nenhum motivo de romper o nexo de causalidade por motivo de força maior ou por fatos alheios a sua atuação.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. **Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.** 3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial. 4. Recurso especial não conhecido (REsp 985888 / SP).

Dessa forma, parece consolidada pela doutrina e nas decisões dos Tribunais que a relação do cirurgião plástico e seu cliente consistem numa obrigação de resultado, já que, normalmente o médico quando oferece os seus serviços, se compromete com os resultados desejados pelo cliente. Portanto, caberá ao paciente não alcançando os objetivos contratados acionar a Justiça a fim de se obter a indenização para reparar eventuais danos morais e

materiais, lembrando, que embora, a obrigação seja de resultado, com base no CDC, aplica-se a inversão do ônus da prova, podendo o médico comprovar por laudos técnicos e perícia que fatores externos ou estranhos a sua atuação que ocasionaram o insucesso da cirurgia.

3.3. EXCLUDENTES DA ILICITUDE DA CONDUTA MÉDICA

Caso um profissional da medicina seja responsabilizado por um erro grosseiro e manifesto, consubstanciado pela conduta negligente, imprudente ou imperita, será naturalmente obrigado a indenizar aquele que foi lesado, contudo, haverá situações em que teremos uma total improcedência da responsabilidade civil ou até penal do médico, em determinados casos, conforme excludentes de ilicitude da conduta deste profissional.

Dentre as principais excludentes de ilicitude da conduta médica que isentam o profissional da medicina da responsabilidade civil, podemos destacar: Iatrogenia; Intercorrência médica; Fato de terceiro; Culpa exclusiva da vítima; Caso fortuito ou força maior.

- Iatrogenia

Iatrogenia é um termo utilizado para um prejuízo inevitável provocado por uma conduta médica em pacientes doentes ou não, cujos resultados são irreversíveis ou irremediáveis.

Os casos de lesão iatrogênica, normalmente, não geram responsabilidade, tendo em vista, que são provocados ou decorrentes por fatores individuais e próprios de cada paciente, salvo, quando há o descumprimento do dever de informar ou quando resultar de uma conduta culposa comissiva ou omissiva do médico.

O Professor Rui Stoco apresenta três tipos de Iatrogenia:

1. lesões previsíveis, sabendo-se que o procedimento implica em seqüela (Exemplos: cirurgias mutiladoras, como amputações de membros (visíveis), gastrectomias, colecistectomias, apendicectomias (não visíveis));
2. lesões previsíveis, porém inesperadas, podendo o procedimento acarretar lesões inerentes à técnica (Exemplos:

reação alérgica em decorrência do uso de contrastes radiológicos);

3. lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da profissão, caso em que as falhas são passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico (Exemplo: confusão da veia safena com a artéria femoral durante cirurgia de varizes, levando à gangrena). (Stoco, 2007, p. 588)

Portanto, dentro desta perspectiva, via de regra, mesmo sendo oriundas de um ato médico, estas lesões não geram responsabilidade, já que, não foram causadas por uma conduta culposa, mas foram medidas necessárias para salvar o paciente.

- Intercorrência médica

Intercorrência médica é o termo usualmente utilizado para uma complicação em um procedimento médico, para um evento inesperado, que em regra, não poderia ser previsto ou alertado ao paciente.

Convém destacar que todo procedimento médico, desde o mais simples até o mais complexo, está sujeito a complicações, que nem sempre estão subordinadas a um erro médico. Ou seja, poderão ter casos que o médico se utiliza da melhor técnica e dos cuidados necessários, mas, devido as reações orgânicas diferentes ao tratamento de cada paciente, poderá se ter variações imprevisíveis que podem gerar danos ao paciente que não foram produzidos por uma conduta culposa do profissional e assim não devem gerar responsabilidade civil.

- Fato de Terceiro

Este tipo de excludente de ilicitude se assemelha com a culpa exclusiva da vítima e o caso fortuito ou força maior mediante as suas imprevisibilidades. Será ocasionado com alguém alheio ao médico por uma conduta dolosa ou culposa provoca uma lesão ao enfermo.

Nesta situação, fica nítido a quebra do nexo de causalidade na relação entre o médico e o paciente pela ação externa que provocou o ato lesivo., excluindo o dever de indenizar por parte do médico.

- Culpa exclusiva da vítima

Maria Helena Diniz (2019) vai afirmar que a culpa exclusiva da vítima exclui qualquer responsabilidade do causador do dano.

Na atividade médica se o dano foi ocasionado exclusivamente pelo paciente, se o médico em nada contribuiu para ocorrência de um fato lesivo ao enfermo, não há o que se falar de nexos causal entre a ação do médico e o resultado, nem muito menos em responsabilidade do profissional.

Pode-se dar como exemplo quando o paciente não segue o tratamento prescrito pelo médico, nem segue os cuidados necessários de um pós-operatório indicado pelo médico.

- Caso fortuito e Força maior

Segundo Cavalieri (2010) o caso fortuito e a força maior excluem o nexo causal por constituírem uma causa estranha à conduta do agente. Dessa forma, não há o que se falar de responsabilidade civil médica diante de um fato imprevisível ou inevitável, característica do caso fortuito e da força maior.

Portanto, se uma lesão foi ocasionada a um paciente por um caso fortuito ou força maior, inexistindo qualquer ação ou omissão culposa do agente, rompe-se o nexo de causalidade, tendo em vista, que nem o médico, nem qualquer outra pessoa poderia evitar, sendo assim, uma excludente da responsabilidade do médico.

3.4. RESPONSABILIDADE DE HOSPITAIS, CLÍNICAS E SIMILARES.

É cediço que a doutrina e a Jurisprudência entendem que os estabelecimentos hospitalares e similares são fornecedores de serviço, e como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos pacientes.

A base legal está fundamentada no art. 14, no caput, do CDC, que impõe ao prestador de serviço em geral, a responsabilidade de reparar os danos causados pelo “fato de serviço”, que seria os acontecimentos externos que causaram danos materiais ou morais ao consumidor, decorrentes de um defeito do serviço.

Assim dispõe o caput do art.14 do Código de Defesa do Consumidor:

”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.”

Cavalieri (2010) destaca que a responsabilidade dos hospitais e similares, conforme consta no texto legal do CDC, tem por fundamento ou fato gerador o defeito do serviço, que vem a dar causa a um acidente de consumo.

Assim apresenta o autor, in verbis:

“[...]Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se o defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o CDC diz – art.14, § 3º, I – que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se provar – ônus seu – que o defeito inexistiu, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço.”

Na relação estabelecida entre médico e hospital, a responsabilidade dependerá do tipo de relação contratual entre ambos, a fim de se apurar os tipos de responsabilidade civil do estabelecimento.

Carlos Roberto Gonçalves (2017) vai asseverar que se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa dele. Contudo, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar seus pacientes particulares, responde exclusivamente pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.

Temos que a Jurisprudência comumente entende a responsabilidade objetiva dos hospitais e similares, reforçando tal inteligência, conforme decisão do TJ-MG que em sede de apelação admitiu a responsabilidade civil objetiva

do hospital, estando presentes os pressupostos da responsabilidade, e a do médico necessitando a comprovação de culpa, in verbis:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - AVC - ÓBITO DO PACIENTE - RESPONSABILIDADE MÉDICA E RESPONSABILIDADE HOSPITALAR - DIFERENCIAÇÃO - HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - OCORRÊNCIA - NEXO CAUSAL ESTABELECIDO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CABIMENTO - DANOS MATERIAIS - NÃO COMPROVADOS. Consoante o disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, **a responsabilidade pessoal do médico deverá ser apurada mediante a respectiva verificação concreta de culpa. Doutro lado, a responsabilidade da entidade hospitalar é objetiva sendo necessária prova do fato, do dano e do nexo de causalidade. Na responsabilidade objetiva, a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.** Só se pode caracterizar a negligência, imperícia ou imprudência quando estiver provado que o médico não observou os cuidados e as normas técnicas aplicáveis à espécie; que tenha falta de aptidão técnica, teórica ou prática para a realização do procedimento cirúrgico ou que mesmo tendo conhecimento do risco e ignora a ciência médica e toma a decisão de agir, assim mesmo. Na fixação do valor da compensação, imprescindível sejam levadas em consideração a proporcionalidade e razoabilidade, a fim de suprir o caráter punitivo-pedagógico do dano moral, não se afigurando, pelo seu montante, como exagerada a ponto de se constituir em fonte de renda, já que tem o nítido caráter compensatório. (Apelação Cível 1.0687.15.003421-7/001 0034217-86.2015.8.13.0687 - TJ-MG) (grifo nosso)

Ruy Rosado de Aguiar Júnior apud Gonçalves observa da seguinte forma, a questão da responsabilidade dos hospitais:

“o hospital responde pelo dano produzido pelas coisas (instrumentos, aparelhos) utilizadas na prestação dos seus serviços: ‘ao dono da coisa incumbe, ocorrido o dano, suportar os encargos dele decorrentes, restituindo ao ofendido o status quo ideal, por meio da reparação. Essa presunção não é irrefragável’. Mas, ao dono da coisa cabe provar, no seu caso, que ela não tem cabimento” (GONCALVES, 2017, p. 278).

Dessa forma, parece cristalino ao entendimento da responsabilidade civil objetiva dos hospitais, clínicas e similares, podendo se isentar da obrigação de indenizar os lesados pelo fato do serviço, quando demonstrando que a culpa pelo defeito teve uma causa geradora estranha à relação que propiciou a excludente de ilicitude do estabelecimento.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou demonstrar a importância da responsabilidade civil frente ao erro médico, visando apresentar este instituto do direito civil como instrumento de equidade e justiça, e como forma de reparar os danos causados mediante uma conduta culposa do profissional da medicina, como assim dispõe o Código de Defesa do Consumidor, nestas relações de consumo.

Apresentou-se as espécies de responsabilidade civil, descrevendo as distinções entre as responsabilidades penal e civil, a objetiva e subjetiva, assim como, a contratual e extracontratual, destacando os pressupostos deste instituto que são a conduta comissiva ou omissiva, o dano e o nexo de causalidade para concretização da responsabilidade civil e conseqüentemente da reparação do dano.

Demonstrando a responsabilidade civil médica, e sua natureza contratual, estabelecida na relação médico e paciente, contudo, não sendo uma culpa presumida, e devendo ser provada no caso concreto, necessitando se apurar a responsabilidade do médico, analisando a atividade deste profissional como obrigação de meio, uma vez que, o médico não pode garantir a cura do paciente, mas, deve se utilizar de todos os recursos necessários e das melhores técnicas.

Evidenciando a necessidade de prova de culpa por parte do paciente ou familiar que se sentiu lesado, algo que nem sempre é tarefa fácil. E a responsabilidade do médico, embora subjetiva, estará sujeita a disciplina do CDC, e desta maneira, poderá se aplicar a inversão do ônus da prova, assim, também pelo entendimento do Juiz diante da hipossuficiência técnica do paciente.

Abordou-se os deveres do médico conforme o Código de Ética da profissão, especialmente o dever de informar, como base na relação contratual estabelecida, pelo qual, o médico deve fornecer todas as informações necessárias, os riscos e possibilidades de sucesso do tratamento ou da cirurgia do paciente.

Destacando a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência do paciente, diante da probabilidade de se obter uma vantagem ou

oportunidade frente à chance perdida diante da conduta culposa normalmente omissiva do médico, e evidenciando também, a prática da cirurgia estética como obrigação de resultado, e ressaltando que existem situações em que o médico será excluído da responsabilidade civil conforme as excludentes de ilicitude.

Por fim, demonstrou a responsabilidade civil também dos hospitais, clínicas e similares, como fornecedor de serviço, possuindo uma responsabilidade objetiva pelos danos causados ao paciente, como também haverá a responsabilidade objetiva do estabelecimento quando houver o erro do médico tendo este vínculo empregatício, e consubstanciando a devida pesquisa com as Jurisprudências correspondentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 33ª edição, São Paulo/SP, editora Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 12ª edição, São Paulo, editora Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil. Volume Único**. 2ª edição, São Paulo, editora Saraiva, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 2010, pág.20.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo – RT, 2007.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03.leis> Acesso em: 22 de março de 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03.leis> Acesso em: 22 de março de 2020.

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=OBRIGA%C3%87%C3%83O+M%C3%89DICA+DE+MEIO+E+N%C3%83O+DE+RESULTADO>> Acesso em 23 de março de 2020.

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=NECESSIDADE+DE+COMPROVA%C3%87%C3%83O+DA+CULPA+DO+M%C3%89DICO>> Acesso em 23 de março de 2020.

<<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>> Acessado em 26 de março de 2020.

<<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/teoria-perda-chance.pdf?v03>> Acessado em 28 de março de 2020.

<<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2012-02-16;985888-1170353>> Acessado em 29 de março de 2020.

<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?linhasPorPagina=10&paginaNumero=1&palavras=%2522erro%20m%E9dico%2522&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acessado em 02 de abril de 2020.