

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS**

**NICELLY ALESSANDRA BOHATCH**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

**PONTA GROSSA  
2006**

**NICELLY ALESSANDRA BOHATCH**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Monografia submetida à Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Mestre Paola Damo Comel Gormanns

**Ponta Grossa  
2006**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus pais, Ocalina Fátima Mendes Bohatch e Milton Sérgio Bohatch, e irmãos, Michelly Bohatch e Milton Sérgio Bohatch Júnior, por comporem meu porto seguro, me dando sustentáculo para seguir em frente, e ultrapassar com êxito todas as adversidades e provações da vida.

Ao meu noivo, Giuliano Shultz Doretto Campanari, pelo amor, carinho, compreensão e apoio ao longo deste estudo.

E, por fim, à professora Paola Damo Comel Gormanns, exemplar orientadora, pois sem ela não seria possível a concretização deste trabalho.

## AGRADECIMENTO

A Deus...

À Professora Paola Damo Comel Gormanns, pela amizade e pela dedicada orientação neste trabalho.

Aos professores Fábio Marcondes Leite e Alexandre Straiotto, pela amizade, apoio e por aceitarem fazer parte da banca examinadora.

À minha mãe, Ocalina Fátima Mendes Bohatch, por ser minha fonte inspiradora em tudo na vida.

Ao meu noivo, Giuliano Shultz Doretto Campanari, pelo amor e incentivo.

Que não se exija dos médicos poderes maiores para administrar aquilo que os filósofos sequer conseguiram explicar: o grande fenômeno-mistério da vida e da morte. Peça-se, apenas, que no exercício da sua profissão – misto de arte, ciência e sacerdócio – com mais acertos que erros, continuem nos ajudando a ter uma vida com a necessária qualidade e uma morte com a merecida dignidade.

(Hildegard Tagessell Giostri)

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>7</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>8</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	<b>10</b>
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>10</b>
1.1 HISTÓRICO .....	10
1.2 CONCEITO .....	11
1.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE .....	13
1.3.1 RESPONSABILIDADE MORAL E JURÍDICA .....	13
1.3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL .....	15
1.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL .....	17
1.4.1 CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL .....	17
1.4.2 DIRETA E INDIRETA .....	20
1.4.3 OBJETIVA E SUBJETIVA .....	21
1.5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	25
1.5.1 AÇÃO OU OMISSÃO .....	26
1.5.2 DANO .....	27
1.5.2.1 Dano material/ patrimonial .....	28
1.5.2.2 Dano reflexo ou dano em ricochete .....	31
1.5.2.3 Dano moral .....	32
1.5.2.4 Dano estético .....	34
1.5.3 NEXO DE CAUSALIDADE .....	36
1.6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE .....	38
1.6.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR .....	38
1.6.2 CULPA/FATO EXCLUSIVA DA VÍTIMA .....	39
1.6.3 CULPA/FATO DE TERCEIRO .....	40
1.6.4 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR .....	41
<b>CAPÍTULO 2</b> .....	<b>44</b>
<b>MÉDICO</b> .....	<b>44</b>
2.1 FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL .....	44
2.1.1 EXIGÊNCIAS PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO .....	44
2.1.2 QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL .....	45
2.1.2.1 Especialidades e áreas de atuação reconhecidas .....	46
2.1.2.2 Residência Médica .....	48
2.1.2.3 Título de Especialista .....	49
2.1.2.4 Exame de capacitação técnica .....	50

<b>2.2 EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA .....</b>	<b>51</b>
<b>2.2.1 CHARLATANISMO.....</b>	<b>52</b>
<b>2.2.2 CURANDEIRISMO.....</b>	<b>52</b>
<b>2.2.3 CHANTAGISMO.....</b>	<b>53</b>
<b>2.3 MISSÃO DA MEDICINA .....</b>	<b>54</b>
<b>2.3.1 ATENDIMENTO DO DOENTE/ EXAME CLÍNICO .....</b>	<b>54</b>
<b>2.3.2 FATORES DE RISCO.....</b>	<b>55</b>
<b>2.3.3 DIAGNÓSTICO.....</b>	<b>57</b>
<b>2.3.4 CONDUTA .....</b>	<b>58</b>
<b>2.3.5 PROCEDIMENTOS POSSÍVEIS.....</b>	<b>61</b>
<b>2.3.6 TRATAMENTO MÉDICO .....</b>	<b>61</b>
<b>2.4 DOCUMENTOS ELABORADOS PELO MÉDICO.....</b>	<b>63</b>
<b>2.5 CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA .....</b>	<b>65</b>
<b>2.5.1 DIREITOS E DEVERES DO PACIENTE.....</b>	<b>68</b>

### **CAPÍTULO 3 .....**

**70**

#### **RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....**

**70**

<b>3.1 RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE .....</b>	<b>70</b>
<b>3.1.1 TIPOS DE CONTRATO MÉDICO .....</b>	<b>71</b>
<b>3.1.2 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO MÉDICO .....</b>	<b>72</b>
<b>3.2 OBRIGAÇÃO.....</b>	<b>74</b>
<b>3.2.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO .....</b>	<b>75</b>
<b>3.2.2 OBRIGAÇÃO DO MÉDICO ANTE A LEI 8.078/90.....</b>	<b>79</b>
<b>3.3 CULPA SENTIDO LATO.....</b>	<b>81</b>
<b>3.3.1 MODALIDADES DE CULPA MÉDICA .....</b>	<b>83</b>
<b>3.3.2 PERQUIRÇÃO DA CULPA NO CASO CONCRETO .....</b>	<b>85</b>
<b>3.4 ÔNUS DA PROVA.....</b>	<b>86</b>
<b>3.5 ERRO MÉDICO .....</b>	<b>89</b>
<b>3.5.1 MODALIDADES .....</b>	<b>90</b>
<b>3.5.2 IATROGENIA .....</b>	<b>91</b>
<b>3.6 PERDA DE UMA CHANCE.....</b>	<b>93</b>
<b>3.7 EXCLUDENTES.....</b>	<b>95</b>
<b>3.8 SEGURO MÉDICO .....</b>	<b>96</b>

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS.....**

**99**

#### **REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....**

**100**

#### **ANEXOS.....**

**103**

## **RESUMO**

O presente trabalho buscou abordar sobre o tema Responsabilidade Civil do Médico, enfocando principalmente as inovações sobre a aplicação do instituto ao profissional médico.

Foram apresentados, no primeiro capítulo, conceitos e pressupostos da responsabilidade civil geral. Já o segundo capítulo restringiu-se ao profissional médico, sua atuação, princípios, entre outros pontos.

Estes dois primeiros capítulos tiveram o fim de propiciar o embasamento teórico para o tema central do presente trabalho, Responsabilidade Civil do Médico, que foi tratado no terceiro capítulo.

Para a responsabilização do profissional médico necessário se faz a comprovação da culpa, além dos pressupostos gerais apresentados no primeiro capítulo. Exceção à regra citada encontra-se na moderna teoria da perda de uma chance.

O tema apresentado é de grande relevância, já que a relação médico-paciente faz parte do cotidiano das pessoas e hodiernamente as demandas destes contra aqueles tem crescido consideravelmente.

Palavras chave: dano, médico, responsabilidade civil.



## **ABSTRACT**

The present work searched to approach on the subject Civil liability of the Doctor, mainly focusing the innovations on the application of the institute to the medical professional.

They had been presented, in the first chapter, estimated concepts and of the general civil liability. Already as the chapter restricted it the medical professional, its performance, principles, among others points.

These two first chapters had had the end to propitiate the theoretical basement for the central subject of the present work, Civil liability of the Doctor, that it was treated in the third chapter.

For the responsabilização of the necessary medical professional if it makes the evidence of the guilt, beyond the presented general estimated ones in the first chapter. Exception to the cited rule meets in the modern theory of the loss of a possibility.

The presented subject is of great relevance, since the relation doctor-patient is part of the daily one of the people and hodiernamente the demands of these against those have grown considerably.

Words key: damage, doctor, civil liability.

## INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto a Responsabilidade Civil do Médico, tema este que chamou a atenção da graduanda ante o crescimento considerável de demandas em face deste profissional.

Buscou-se analisar questões ainda controvertidas na jurisprudência, enfatizar aspectos novos e, além disso, analisar as peculiaridades da aplicação do instituto ao profissional em tela.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, tratando da Responsabilidade Civil geral, que contempla uma breve exposição do histórico, conceito, peculiaridades, pressupostos e excludentes.

No Capítulo 2, trata-se do profissional médico, desde a formação acadêmica do profissional até a sua atuação no caso concreto (exame clínico, diagnóstico, conduta, procedimento, tratamento, exalação de documentos) e aponta-se também dos direitos e deveres deste profissional ante o Código de Ética Médica.

No Capítulo 3, foi tratado, especificamente, o tema do presente trabalho, ou seja, a Responsabilidade Civil do Médico, onde foram abordadas questões polêmicas como a perda da chance e a responsabilidade de meio e resultado, além de aspectos peculiares da culpa deste profissional, aplicação do Código de Defesa do Consumidor, espécies de erro, iatrogenia, excludentes e seguro médico.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados os pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o assunto enfocado.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que foi utilizada extensa pesquisa bibliográfica, a qual possibilitou a aplicação de um silogismo, sendo as modernidades da doutrina e da jurisprudência a premissa maior, a lei brasileira a premissa menor e o presente estudo a conclusão.

# CAPÍTULO 1

## RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.1 HISTÓRICO

O estudo da evolução histórica dos institutos é de grande valia para a total compreensão dos mesmos. Por isso passa-se a analisar as principais contribuições das antigas civilizações para a formação do atual conceito de Responsabilidade Civil. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>1</sup>

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

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V3. São Paulo: Saraiva, 2003. p 10 a 13.

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

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

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

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

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

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

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

Pelo exposto, pôde-se vislumbrar a progressão do direito no que tange a responsabilidade civil, sempre buscando se adequar às novas realidades e necessidades sociais.

## 1.2 CONCEITO

José de Aguiar Dias<sup>2</sup> sente dificuldade para conceituar o instituto em tela, visto que afirma que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto quanto os aspectos que pode abranger, conforme teorias filosófico-jurídicas. Várias são, pois, as significações”.

---

<sup>2</sup> AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p 34.

Não é apenas o emérito jurista supra citado que sente quão complexo e difícil é estabelecer tal conceito. No mesmo sentido afirma Maria Helena Diniz<sup>3</sup> que “grandes são as dificuldades que a doutrina tem enfrentado para conceituar responsabilidade civil...”.

O vocábulo responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que significa responder por alguma coisa, transmite a idéia de restituição ou compensação, de responsabilizar o lesante por seus atos danosos.

Neste sentido, José de Aguiar Dias<sup>4</sup> diz que “responsabilidade e todos os seus vocábulos cognatos exprimem a idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência”.

Washington dos Santos<sup>5</sup> conceitua Responsabilidade Civil como sendo um “compromisso de contestar, replicar, retorquir ou dar satisfação pelos próprios atos ou de outra pessoa, ou por coisa que lhe foi confiada”.

Sílvio Rodrigues<sup>6</sup> a define como “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Para Roberto Senise Lisboa<sup>7</sup> a “responsabilidade é o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto. Responsabilidade constitui uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento”.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>8</sup> também traz sua contribuição ao dizer que

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 35.

<sup>4</sup> AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p 34.

<sup>5</sup> DOS SANTOS, Washington. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p 218.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 6.

<sup>7</sup> SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. V 2. 3 ed. rev. Atual. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 427.

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é culpa, ou se independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

Por fim, Maria Helena Diniz<sup>9</sup> ensina que “responsabilidade civil é a aplicação das medidas que obriguem uma pessoa a reparar 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 por simples imposição legal”.

Ao que parece, a definição de Maria Helena Diniz traz a completude do conceito de responsabilidade civil, pois abarca tanto a noção de responsabilidade decorrente de culpa (responsabilidade subjetiva) quanto a que independe de culpa (responsabilidade objetiva).

### **1.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE**

#### **1.3.1 Responsabilidade Moral e Jurídica**

A responsabilidade moral é advinda da violação à norma moral, que pertence à seara da consciência do indivíduo, portanto, a censura à transgressão não se exterioriza, é incumbência da própria consciência.

Reitera Maria Helena Diniz ao dizer que <sup>10</sup>

A responsabilidade moral, oriunda da transgressão à norma moral, repousa na seara da consciência individual, de modo que o ofensor se sentirá moralmente responsável perante deus ou perante sua própria consciência, conforme seja ou não homem de fé. Não há qualquer preocupação se houve ou não um prejuízo, pois um simples pensamento poderá induzir esta espécie de responsabilidade, terreno que não

---

<sup>8</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1990. p 16.

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 36.

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 20.

pertence ao campo do direito. A responsabilidade moral não se exterioriza socialmente e por isso não tem repercussão na ordem jurídica. A responsabilidade moral, quando a violação a certo dever atingir uma norma jurídica, acompanhará o agente, que continuará sob o julgo de sua consciência, mesmo quando por um julgamento venha a se isentar de qualquer responsabilidade civil ou penal. A responsabilidade moral supõe que o agente tenha: livre arbítrio, porque uma pessoa só poderá ser responsável por atos que podia praticar ou não, e, consciência da obrigação.

Já a responsabilidade jurídica é a resposta do sistema a violação de normas jurídicas (de natureza civil ou penal), atribuindo às condutas transgressoras indenização (responsabilidade civil) e pena (responsabilidade penal). Neste sentido, assevera Maria Helena Diniz<sup>11</sup>

A responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma vise manter. Assim sendo, se houver prejuízo a um indivíduo, à coletividade, ou ambos, turbando a ordem social, a sociedade reagirá contra esses fatos, obrigando o lesante a recompor o *status quo ante*, a pagar uma indenização ou a cumprir pena, com intuito de impedir que ele volte a acarretar o desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas o imitem.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>12</sup> afirmam que “a diferença mais relevante reside na ausência de coercitividade institucionalizada na norma moral, não havendo a utilização da força organizada para exigir o cumprimento, uma vez que esta é monopólio do Estado”.

Pode-se concluir que enquanto a responsabilidade moral tem seus preceitos armazenados na consciência do indivíduo, a responsabilidade jurídica os tem na lei. Por isso, os deveres puramente morais encontram sanção no foro íntimo do indivíduo ou nos regramentos religiosos, e os deveres jurídicos encontram sanção na lei.

---

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 19.

<sup>12</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V3. São Paulo: Saraiva, 2003. p 4.

### 1.3.2 Responsabilidade civil e penal

Hodiernamente, a responsabilidade jurídica se divide em responsabilidade civil e penal, as quais possuem diferenças a serem delineadas.

Maria Helena Diniz<sup>13</sup> estabelece com precisão a diferenciação de responsabilidade civil e penal ao dizer que

No caso de ilícito civil o interesse diretamente lesado é o interesse privado. O ato do agente, reputado ilícito, pode não ter violado ou irrompido norma de ordem pública, mas inobstante, pode haver causado dano a alguma pessoa, motivo pelo qual, o desencadear da obrigação ressarcitória se impõe. A reação do ordenamento jurídico, em tal hipótese, será representada pela condenação do agente à indenização a ser paga para a vítima do dano experimentado.

A responsabilidade penal busca a reparação do dano social, causado ao conjunto social, sem repercussão patrimonial direta à sociedade, atentando contra a liberdade da pessoa do agente, como forma de reprimir o ato ilícito, sem se importar com equilíbrio econômico abalado. Merecedor de olhares o seguinte julgado, ante a similitude com a assertiva acima, que assim podemos descrever com o seguinte detalhe: "O direito civil é mais exigente que o direito penal, pois, enquanto este cada vez mais focaliza a pessoa do delinqüente, aquele dirige sua atenção para o dano causado, objetiva a necessidade do ressarcimento e do equilíbrio".

Note-se que a responsabilidade civil se circunscreve no desfalque do patrimônio de alguém, ou seja, se limita prevalentemente à ordem patrimonial e/ou moral, preocupando-se tão somente com o restabelecimento do equilíbrio perturbado pelo dano, seja patrimonial, seja extrapatrimonial.

A responsabilidade penal não guarda preocupação com o restabelecimento do equilíbrio econômico ou moral da vítima. A ação repressiva do ordenamento jurídico, embora também combata danos, não tem por foco principal o dano causado a um particular, mas sim o dano causado à sociedade, haja vista que o particular, mesmo que isoladamente considerado, é parte integrante da sociedade.

A autora continua sua diferenciação afirmando que

---

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 20.



Enquanto a responsabilidade penal pressupõe a turbação social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação de norma penal, exigindo para restabelecer o equilíbrio social, investigação da culpabilidade do agente. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado. A responsabilidade civil, por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *statu quo ante* ou numa importância em dinheiro.<sup>14</sup>

Conforme previsão constitucional, artigo 5º, inciso XXXIX, CF, a responsabilidade penal se assenta no princípio *nulla poena sine lege*, significa que não haverá crime nem pena sem lei anterior que os defina, por isso o legislador compila nos Códigos Penais os atos que considera prejudiciais à paz social, e que, como tal, acarretam responsabilidade penal ao agente. Já a responsabilidade civil, o interesse lesado é de um particular, que deve buscar a reparação do dano. Nesta esfera, qualquer ação ou omissão que lesar direito ou causar prejuízo a terceiros, pode gerar a responsabilidade civil.

Ressalte-se, que um mesmo fato poderá ensejar as duas responsabilizações, não havendo *bis in idem* em tal circunstância. Para Pablo Stolze Gagliane e Rodolfo Pamplona Filho<sup>15</sup>, isto se deve justamente pelo sentido de cada responsabilização e pela repercussão da violação do bem jurídico tutelado.

É relevante mencionar que, em nosso país, as jurisdições penal e civil são independentes. Entretanto, em algumas situações a decisão penal refletirá na cível.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>16</sup> explica que

Como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, em princípio a responsabilidade penal ocasiona o dever de indenizar. Por esta razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos art. 91, I, do Código Penal, art 63 do Código de Processo Penal e 584, II do Código de Processo Civil.

---

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 20.

<sup>15</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V3. São Paulo: Saraiva, 2003. p 6.

<sup>16</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 28.

Não podemos discutir no cível a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se estas questões foram decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada (art. 64, CPP, art. 935 CC).

De outro lado, a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto à autoria, ou a quem reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influência na ação indenizatória que pode revolver autonomamente toda a matéria em seu bojo.

É muito importante saber quando uma decisão da esfera penal poderá repercutir na esfera cível, haja vista que são dois ramos estanques, e, neste caso específico (trânsito em julgado), há intervenção de um ramo no outro. Isto porque o ordenamento jurídico buscou facilitar a reparação de danos civis advindos de crime.

Comprova-se tal afirmação no fato da sentença penal condenatória, transitada em julgado, ser considerada um título executivo na esfera cível. Significa dizer que prescinde do processo de conhecimento, facilitando, por conseguinte, a obtenção da indenização.

## **1.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL**

### **1.4.1 Contratual e extracontratual**

Maria Helena Diniz<sup>17</sup> classifica a responsabilidade jurídica, conforme seu fato gerador, em responsabilidade contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual ocorre quando há inexecução obrigacional, advinda de um contrato, e encontra-se disciplinada no artigo 389 do Código Civil, que dispõe que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”.

---

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 119.

Para Carlos Roberto Gonçalves<sup>18</sup> “Na responsabilidade contratual o agente descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida”.

Conforme Maria Helena Diniz<sup>19</sup>

Responsabilidade contratual, se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de um ilícito contratual, ou seja, pela falta de adimplemento ou de mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. O ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar.

Note-se que nesta espécie de responsabilidade existe um vínculo jurídico prévio entre o inadimplente e o contratante, vínculo este derivado da convenção/ contrato. Portanto, o ônus de provar quaisquer excludentes de responsabilidade, ou algo do gênero, caberá ao contratante inadimplente.

Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana ocorre quando há inadimplemento normativo, ou seja, quando há violação de obrigação prevista em lei, que pode ser subjetivo (com culpa) ou objetivo (sem culpa). Diz-se ser extracontratual por não derivar de um contrato, e sim de um ato ilícito.

Tal responsabilidade encontra-se prevista nos artigos 186 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e 927, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ambos do Código Civil.

---

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p 26.

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 119.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>20</sup> explica que “na responsabilidade extracontratual nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito”.

Maria Helena Diniz<sup>21</sup> também traz sua contribuição ao dizer que

Responsabilidade extracontratual ou aquiliana é resultante de um inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas a uma relação obrigacional ou contratual. A fonte desta responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexistia qualquer relação jurídica. O *onus probandi* caberá à vítima, ela é quem deverá provar a culpa do agente. Se não conseguir, tal prova ficará sem ressarcimento. Além desta responsabilidade baseada na culpa. Abrangerá ainda a responsabilidade sem culpa fundada no risco, ante a insuficiência da culpa para cobrir todos os danos.

Note-se que nesta espécie de responsabilidade nenhum liame jurídico existe entre o causador do dano e a vítima, só existirá a partir do momento em que o ato culposos, em sentido lato, for praticado.

Há divergência doutrinária acerca da necessidade de se distinguir responsabilidade contratual da extracontratual. Todavia, segundo Sílvio Rodrigues<sup>22</sup> “dentro do sistema do Código brasileiro a distinção deve ser mantida, pois, enquanto os arts. 389 e ss. cuidam da responsabilidade contratual, seu art. 186, conjugado com 927, trata da responsabilidade aquiliana”.

Pelo exposto, pôde-se visualizar diferenças marcantes entre responsabilidade contratual e a extracontratual, principalmente no que tange ao ônus da prova, por isso a delimitação das distinções é fundamental.

---

<sup>20</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p 26.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 121.

<sup>22</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 8.

### 1.4.2 Direta e indireta

Maria Helena Diniz<sup>23</sup> também classifica a responsabilidade civil em direta e indireta, tendo em vista o agente que praticou a ação.

Ainda, diz que “A responsabilidade será direta se proveniente da própria pessoa imputada, o agente responderá, então, por ato próprio. E será indireta ou complexa se propanar de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda”.<sup>24</sup>

Para João Monteiro de Castro<sup>25</sup>

Ordinariamente, a responsabilidade se dá pela prática de fato próprio, sendo também chamada direta, em contraposição com a dita responsabilidade indireta ou complexa. Assim, nos termos do artigo 927 do Código Civil, aquele que pratica um ato ilícito e causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Há situações em que, para possibilitar à vítima efetivo ressarcimento, pois muitas vezes o praticante do fato lesivo está subordinado juridicamente a outra pessoa, física ou jurídica, e não conta com recursos para a reparação, é necessário desbordar o nexos causal entre o dano e o causador do dano, para alcançar a pessoa a quem o lesador tem relação jurídica. É o que se dá na responsabilidade indireta.

A responsabilidade indireta é excepcional e ocorre quando alguém se vê chamado a responder por fato que não praticou, mas praticado por quem tenha consigo uma relação jurídica específica. Então, na responsabilidade indireta, existe a figura de um intermediário, vale dizer, o causador direto do dano, juridicamente subordinado ao responsável indireto, pessoa que a lei autoriza a que se chame para reparar o prejuízo.

Mas a responsabilidade civil por fato praticado por outrem não é arbitrária nem aleatória. Ou seja, a vítima não pode escolher ao seu exclusivo talento quem venha ressarcir seu prejuízo.

No direito pátrio, os casos em que alguém pode responder por ato praticado por outrem estão expressamente numerados no art 932 do Código Civil.

---

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 120.

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 120.

<sup>25</sup> CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 64.

Reitera Sílvio de Salvo Venosa<sup>26</sup> dizendo que “Se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização, muitas situações de prejuízo ficariam irressarcidas. Por isso, há muito, os ordenamentos admitem que, situações descritas na lei, terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento do prejuízo, embora não tenham concorrido diretamente pelo evento”.

O artigo que disciplina a responsabilidade indireta é o 932 do Código Civil. Este dispositivo enumera cinco hipóteses de responsabilidade indireta decorrente de ato praticado por terceira pessoa: dos pais por atos dos filhos menores sob o pátrio poder, do tutor e do curador pelos atos dos pupilos e dos curatelados, do patrão por ato do empregado em serviço, dos donos de hotéis por seus hóspedes, e daqueles que gratuitamente houverem participado de produto de crime.

A responsabilidade indireta é uma das situações em que se aplica a responsabilidade objetiva, a qual será explicada no próximo item.

### **1.4.3 Objetiva e subjetiva**

Maria Helena Diniz<sup>27</sup> também divide a responsabilidade em objetiva e subjetiva, tendo como parâmetro os fundamentos da responsabilidade civil.

A responsabilidade subjetiva alicerça-se no fato de que para haver a responsabilização do agente causador do dano imprescindível se faz a comprovação da culpa em sentido lato (abrange culpa em sentido estrito e dolo).

---

<sup>26</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 75.

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 121.

Essa teoria está delineada no artigo 186 do Código Civil "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano".

Para Maria Helena Diniz<sup>28</sup> “a responsabilidade será subjetiva se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar”.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>29</sup> “a responsabilidade subjetiva é decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, a obrigação de indenizar é consequência do ato ilícito”.

Reitera Sílvio Rodrigues<sup>30</sup> dizendo que “a responsabilidade subjetiva depende de um comportamento culposos do agente causador do dano, de modo que a prova da culpa é indispensável para que surja o dever de indenizar”.

Já, a responsabilidade objetiva é aquela que prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade, fundamentando-se na Teoria do Risco.

Sílvio Rodrigues<sup>31</sup> ensina que “Segundo a Teoria do Risco aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a

---

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 121.

<sup>29</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V3. São Paulo: Saraiva, 2003. p 14.

<sup>30</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 11.

<sup>31</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 11.

situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito a ser indenizada por aquele”.

Maria Helena Diniz afirma<sup>32</sup> que “Responsabilidade objetiva se funda no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência de nexos causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar”.

O Código Civil prevê no artigo 927, parágrafo único, a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva, ao dispor que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (caput). Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Através da simples leitura do artigo citado extrai-se que duas são as possibilidades de aplicação da responsabilidade civil objetiva, são elas: por previsão legal e advinda de atividade de risco.

A primeira hipótese está prevista nos artigos 932 (responsabilidade indireta) e 936 do Código Civil.

Já, a segunda hipótese é uma cláusula aberta, ou seja, é um conceito legal indeterminado.

---

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 120.



Segundo Sérgio Cavalieri Filho<sup>33</sup>, o Código Civil não delimitou o conceito de atividade de risco, sendo assim, relegou ao magistrado uma discricionariedade que antes pertencia exclusivamente ao legislador.

Pode-se observar várias concepções em torno da idéia central do risco, dentre as quais: teoria do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e do risco integral. Sergio Cavalieri Filho<sup>34</sup> as explica

Na teoria do risco-proveito a responsabilidade incorre sobre aquele que adquire algum proveito da atividade danosa. De acordo com essa teoria, a vítima do fato lesivo teria de provar a obtenção do proveito, ou seja, do lucro ou vantagem pelo autor do dano.

A teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar sempre decorre de um fato prejudicial à atividade ou profissão do lesado, tal como ocorre nos danos causados por acidente de trabalho.

O risco excepcional é aquele que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça, a exemplo dos casos de acidentes de rede elétrica, exploração de energia nuclear, radioatividade etc.

Na teoria do risco criado, aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo se houver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo. Diferem as teorias do risco-proveito e a do risco criado ao passo em que, nesta última, não se correlaciona o dano a um proveito ou vantagem do agente.

Por fim, a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco, porquanto nela se dispensa até mesmo o nexo causal para justificar o dever de indenizar, que se faz presente somente em razão do dano, ainda que nos casos de culpa exclusiva da vítima”.

Pode-se concluir, então, que na responsabilidade subjetiva o seu fato gerador é um ilícito, de modo que o lesante deverá ressarcir o prejuízo se for provado, pelo lesado, que houve culpa em sentido amplo.

Já na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano pode ser lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerceu terá o dever ressarcitório,

---

<sup>33</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil**, 3ª ed., São Paulo: Forense, 1992, p. 24.

<sup>34</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil**, 3ª ed., São Paulo: Forense, 1992, p. 24.

pelo simples implemento do nexo causal entre a atividade/conduita e o dano, fundado na Teoria do Risco.

### 1.5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A imprecisão doutrinária torna-se marcante no que diz respeito aos pressupostos da responsabilidade civil. Os juristas apresentam conclusões diversas sobre seus elementos, vejamos alguns:

Maria Helena Diniz<sup>35</sup> cita como pressupostos fundamentais: a ação, o dano e nexo de causalidade.

Sílvia Rodrigues<sup>36</sup> denota quatro importantes pressupostos, sendo eles: ação ou omissão do agente, culpa, relação de causalidade e o dano.

Sílvia de Salvo Venosa<sup>37</sup>, igualmente, aponta quatro elementos: ato ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade.

Roberto Senise Lisboa<sup>38</sup> afirma que os elementos da responsabilidade civil são de duas categorias: os essenciais (partes, dano e nexo de causalidade) e os acidentais.

Todavia, ao que parece, as idéias de Maria Helena Diniz são mais convincentes, pois, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro aderiu no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, a responsabilidade objetiva (prescinde de culpa para sua

---

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 37.

<sup>36</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V 4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 14.

<sup>37</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 31.

<sup>38</sup> SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. V 2. 3 ed. rev. Atual. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 473.

caracterização), não se pode aceitar a culpa (sentido lato sensu) como pressuposto essencial da responsabilidade civil.

### 1.5.1 Ação ou omissão

Para Maria Helena Diniz<sup>39</sup> “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”.

A autora segue explicando suas idéias<sup>40</sup>

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágio, terremoto e inundações, etc.

Segundo Sílvio Rodrigues<sup>41</sup> “A indenização deriva de uma ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou se omitindo, infringe um dever contratual, legal ou social. A responsabilidade resulta de fato, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que deveria tomar”.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>42</sup> diz que “essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”.

---

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 40.

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 40.

<sup>41</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V 4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 19.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p 36.

Assim, considera-se preenchido o pressuposto da responsabilidade civil, ação ou omissão, quando o agente houver praticado uma conduta positiva ou negativa que infrinja um dever legal, estando, ao agir, imbuído de voluntariedade e consciência.

### 1.5.2 Dano

Conforme Sílvio de Salvo Venosa<sup>43</sup> o “dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia”.

Diz ainda, que “Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano, entretanto, somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem. O dano deverá ser sempre atual e certo, pois não são indenizáveis danos hipotéticos. Por fim, a materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima”.<sup>44</sup>

Carlos Alberto Bittar, em citação transcrita por Maria Helena Diniz<sup>45</sup>, explica que “dano é o prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão de ação deflagrada pelo agente, mas pode atingir também elemento de cunho moral”.

Com absoluta propriedade, Sérgio Cavalieri Filho<sup>46</sup> esclarece que

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

---

<sup>43</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 40.

<sup>44</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 41.

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 40.

<sup>46</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p 70.

responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do 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 reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Nestes termos Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>47</sup> conceituam dano como “lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

Para que haja responsabilidade civil é imprescindível a comprovação do dano, pois este compõe um dos pressupostos essenciais daquela.

O dano classifica-se, doutrinariamente, em patrimonial e moral. Recentemente reconheceu-se o dano reflexo e dano estético.

### 1.5.2.1 Dano material/ patrimonial

Segundo Maria Helena Diniz<sup>48</sup>

Para definir dano patrimonial ter-se-á que partir do conceito de patrimônio, visto que o termo ‘dano patrimonial’ vincula a noção de lesão ao conceito de patrimônio. Patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa. O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consiste na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

Ainda, diz que “O dano patrimonial estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido. O dano patrimonial é avaliado em dinheiro e auferido pelo critério

---

<sup>47</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V3. São Paulo: Saraiva, 2003. p 40.

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 64.

diferencial. Mas, às vezes, não se faz necessário tal cálculo, se for possível a restituição ao *statu quo ante* por meio de uma reconstituição natural”.<sup>49</sup>

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>50</sup> estabelecem um conceito simplificado desta espécie de dano dizendo que “o dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular”.

O dano patrimonial abrange o dano emergente e o lucro cessante. Ambos encontram-se previstos no artigo 402 do Código Civil “As perdas e danos previstas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Para Sílvio de Salvo Venosa<sup>51</sup>

O dano emergente, também chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos. Em um abaloamento de veículo, o valor do dano emergente é o custo para repor a coisa ao seu estado anterior. Será o valor do veículo se a perda for total.

Lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo razoavelmente posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro. Assim, no exemplo do veículo sinistrado, temos que calcular quanto seu proprietário deixou de receber com os dias em que não pôde utilizá-lo.

Há na doutrina e na jurisprudência grande discussão, na esfera do dano patrimonial, acerca da possibilidade de indenização advinda da perda de uma chance.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>52</sup> explica que “a problemática da perda da chance repousa justamente na incerteza do dano. Há forte corrente doutrinária que coloca a perda da

---

<sup>49</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 65.

<sup>50</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V3. São Paulo: Saraiva, 2003. p 45.

<sup>51</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 64.

chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento”.

Sílvia Motta<sup>53</sup> em estudo específico sobre este tema concluiu que “Chance é a possibilidade de um benefício futuro, provável, integrado nas faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes, existe uma conseqüência atual e certa. Aconselha-se efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra e, do saldo resultante, se obterá a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos”.

A perda de chance ou da oportunidade é o dano que decorre a frustração de uma esperança, da perda de uma probabilidade. Neste dano coexistem um elemento certeza e um elemento incerteza.

Ainda conforme Sílvia Motta “O elemento certeza parte da premissa de que se o evento dano não tivesse ocorrido manter-se-ia a esperança de, no futuro, obter um lucro ou evitar uma perda patrimonial. Entretanto, o elemento incerteza se impõe, pois se não tivesse ocorrido o evento dano, manter-se-ia a chance, todavia, não se teria certeza da obtenção do lucro ou de que a perda teria sido evitada”.<sup>54</sup>

No Brasil, os tribunais já têm reconhecido a reparação por perda de uma chance, cite-se decisão do desembargador (relator) Araken de Assis (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) “Liberando o paciente e retardando seu reingresso na instituição

---

<sup>52</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 41.

<sup>53</sup> MOTTA, Sílvia. **Perda de chance no direito brasileiro: implicações jurídicas nas relações médicas**. In: <http://www.silviamota.com.br/biobio/artigos/perdadechancenodirbras.htm>. Acesso em 23 de julho de 2006.

<sup>54</sup> MOTTA, Sílvia. **Perda de chance no direito brasileiro: implicações jurídicas nas relações médicas**. In: <http://www.silviamota.com.br/biobio/artigos/perdadechancenodirbras.htm>. Acesso em 23 de julho de 2006.

hospitalar, o apelante fê-lo perder chance razoável de sobreviver, embora a virulência estatística da doença”.

Vê-se que a indenização advinda da perda de uma chance está sendo, paulatinamente, aderida pelos tribunais brasileiros, entretanto, deve-se manejar tal instituto com cautela, para que a justiça não se torne um balcão de negócios, semelhante à indústria do dano moral.

### **1.5.2.2 Dano reflexo ou dano em ricochete**

O dano reflexo ou em ricochete é uma novidade na doutrina e na jurisprudência, por isso, ainda é um assunto pouco explorado, tanto que a jurisprudência sequer tem uma resposta clara para a questão.

Segundo João Monteiro de Castro<sup>55</sup> “Considerando de modo específico, aqueles que são atingidos indiretamente pelo fato lesivo, para designar esta peculiar categoria de dano, foram criadas as expressões dano reflexo ou dano em ricochete”.

Para Sílvio de Salvo Venosa<sup>56</sup>

O dano em ricochete trata da situação de dano reflexo que sofre uma pessoa por um dano causado a outra. A questão é saber se o último prejudicado pode acionar diretamente o causador do dano. O problema surge, por exemplo, na perda da capacidade de trabalho ou morte de uma pessoa que reflete em prejuízo para seus descendentes diretos e indiretos.

O ofendido deve reparar todo o dano que causou segundo o nexo de causalidade. Em princípio os danos causados reflexamente não devem ser indenizados. A única exceção aberta pela lei é a indenização decorrente de morte, admitindo-se que seja pleiteada por aqueles que viviam sob sua dependência econômica.

A noção de dano em ricochete, apesar de recente e não pacífica, está absolutamente em consonância com um dos objetivos principais da responsabilidade civil, de

---

<sup>55</sup> CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 37.

<sup>56</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 44.



não permitir que um indivíduo cause dano a outro, sendo assim, nada mais justo que o causador do dano, mesmo que por via reflexa, indenize o dano causado.

### 1.5.2.3 Dano moral

O dano moral é a lesão aos interesses não patrimoniais causados à pessoa física ou jurídica.

A Constituição Federal de 1988 fortaleceu, de maneira decisiva, a difusão do dano moral, ao prevê-lo no artigo 5º, inciso V “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

O ser humano possui direitos personalíssimos (direito à moral, à honra, à imagem, ao nome etc.) assegurados pelo ordenamento jurídico. São direitos não patrimoniais e, por conseguinte, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Nesses termos, todos da sociedade devem respeito a esses direitos, oponíveis *erga omnes*. A sua violação está a exigir uma sanção, ou seja, uma indenização pelo dano causado à vítima.

Para Gisele Leite<sup>57</sup> o “dano moral é o que afeta o psiquismo, a moral e o âmago intelectual da vítima. Atinge o patrimônio e interesses de foro íntimo da vítima”.

Carlos Roberto Bittar<sup>58</sup> explica que “Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou consideração social)”.

---

<sup>57</sup> LEITE, Gisele. **Culpa e dano: os mais complexos conceitos do direito civil**. In: [http://www.jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/19710](http://www.jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19710). Acesso em 23 de julho de 2006.

<sup>58</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista das Tribunais, 1993. p 41.

As idéias de Wilson de Melo da Silva são transcritas por João Monteiro Castro<sup>59</sup> “Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não é suscetível de valor econômico”.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa<sup>60</sup>

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca.

Conforme Roberto Senise Lisboa<sup>61</sup> existem três teorias explicativas do dano moral, são elas: Teoria da irreparabilidade do dano moral; Teoria da não cumulação, e, Teoria da cumulação. O autor segue explicando as referidas teorias

A teoria da irreparabilidade do dano moral defendia a tese de que o dano moral não poderia ser indenizado, por não haver como avaliar pecuniariamente um bem imaterial. Essa teoria foi superada, demonstrando-se que a indenização deveria ser prestada, como forma de equivalência pelo interesse violado.

A teoria da não cumulação defendia a impossibilidade de cumulatidade de indenização por dano moral com indenização por dano material. Também foi superada.

Por fim, a teoria da cumulação, que permite a cumulatidade de indenização por dano moral com dano material. Esta teoria é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, fato que se encontra sumulado.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 33.

<sup>60</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 47.

<sup>61</sup> SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. V 2. 3 ed. rev. Atual. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 499.

<sup>62</sup> SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. V 2. 3 ed. rev. Atual. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 499.

A súmula 37 do STJ decidiu que “São cumuláveis a indenização por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, aderindo a Teoria da Cumulatividade.

Portanto, está em absoluta consonância com o ordenamento jurídico o pleito de indenização por dano moral cumulada com dano material.

#### 1.5.2.4 Dano estético

Maria Helena Diniz<sup>63</sup> conceitua dano estético como “Dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeimento da vítima consistindo numa simples lesão desgostante ou um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexa inferioridade, exercendo ou não influência sobre a capacidade laborativa”.

Neri Tadeu Câmara Souza<sup>64</sup> o define como

O dano estético é aquilo que agride a pessoa nos seus sentimentos de auto-estima, prejudicando a sua avaliação própria como indivíduo. Denigre a imagem que tem de si. Por isto não precisa estar exposto, ser externo, nem ser de grande monta para que se caracterize a seqüela física como dano estético. Mesmo deformidades em áreas íntimas da pessoa que, dificilmente, nas situações sociais estejam expostas à vista de terceiros, caracterizam o dano estético já que a presença de alterações físicas, mesmo que diminutas, têm conscientizada sua presença pelo portador e sabe este que em situações de maior intimidade com outras pessoas as mesmas aflorarão, tornar-se-ão visíveis. Isto lhe traz um indizível sofrimento interno, psicológico. Até em situações cotidianas, hoje em dia, já que na sociedade moderna o uso de pouca roupa é bastante freqüente, haverá exposição destas alterações na aparência, causando constrangimento ao seu portador, variável de indivíduo para indivíduo, mas sempre presente.

Para Arnaldo Marmitt<sup>65</sup>

O dano estético melindra a imagem da pessoa, deformando seus bens físicos exteriores, geralmente visíveis ou descobertos. Modifica duradouramente as funções orgânicas ou motoras, transformando a boa aparência, ou o porte físico, ou a voz da

<sup>63</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 76.

<sup>64</sup> SOUZA, Néri Tadeu de Câmara. **O Dano Estético na atividade do médico**. Publicado no cd-rom juris síntese, nº 29, Mai/Jun, de 2001, da Editora Síntese, Porto Alegre.

<sup>65</sup> MARMITT, Arnaldo. **Dano Moral**, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1999. p.122.

vítima. Pode, ainda, provocar aleijões com força de impedir o lesado de exercer o trabalho que desempenhava antes do infortúnio. Dano estético tem incidência ampla. Não é apenas o aleijão, mas qualquer deformidade pequena que importe em afeamento, ou que represente para a vítima um motivo de desgosto, de indisposição, de inferioridade ou de desconforto. A constante visão do ferimento não é essencial, podendo servir para um montante maior na reparação. A localização, porém, pode ter enorme significado para determinadas pessoas. Uma cicatriz no rosto de bela modelo, disputada para desfiles internacionais, não terá equivalência com o golpe na face de bronco caipira.

Vale informar que dano estético é espécie do dano moral, que é o gênero, pois lesa especificamente um dos direitos da personalidade: a aparência física/ integridade física.

Há divergência na doutrina quanto à cumulatividade, ou não, do dano estético com o moral.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa<sup>66</sup> “O dano estético que afeta diretamente a personalidade, é modalidade de dano moral. Pode ser cumulado com danos patrimoniais, como, por exemplo, diminuição da capacidade de trabalho. No entanto, por ser modalidade de dano moral, não se cumula com este sob pena de ocorrer *bis in idem*”.

Néri Tadeu de Câmara Souza<sup>67</sup> afirma que “O dano estético é avaliado autonomamente do dano moral. Como a Súmula 37, do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano moral e dano material oriundas do mesmo fato”, já cristalizou a cumulabilidade do dano moral com o dano material, também, encontra-se firmemente estabelecido na jurisprudência que o dano estético tem indenização independente do dano moral, não estando incorporado neste, apesar de ser espécie do mesmo”.

Ao que parece, a jurisprudência dominante está no sentido de admitir a cumulação de dano estético com moral. Cite-se alguns julgados neste sentido

---

<sup>66</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 51.

<sup>67</sup> SOUZA, Néri Tadeu de Câmara. **O Dano Estético na atividade do médico**. Publicado no cd-rom juris síntese, nº 29, Mai/Jun, de 2001, da Editora Síntese, Porto Alegre.

"DANO MORAL. DANO ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. Quando o dano estético se distingue do dano moral, ambos devem ser indenizados separadamente. Precedentes da 3ª e da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 83 STJ. Agravo regimental não provido (STJ, AGA 312702/SP, 3ª Turma, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ 06.11.2000)".

"CIVIL. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULATIVIDADE. Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. Hipótese em que do acidente decorreram seqüelas psíquicas por si bastantes para reconhecer-se existente o dano moral; e a deformação sofrida em razão da mão do recorrido ter sido traumaticamente amputada, por ação corto-contundente, quando do acidente, ainda que posteriormente reimplantada, é causa bastante para reconhecimento do dano estético. Recurso não conhecido (STJ, 4ª Turma, RESP 210351/RJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ 25.09.2000)".

É relevante informar que o dano estético encontra-se previsto no artigo 949 do Código Civil "No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido".

O dano estético é uma novidade decorrente da evolução da sociedade, que, cada vez mais, encontra-se intolerante a situações de dano.

### 1.5.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é um elo que une a conduta ao resultado lesivo dela decorrente. Trata-se de um dos requisitos essenciais para que surja o dever de indenizar.

Sílvio de Salvo Venosa ensina<sup>68</sup> que

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade derivadas das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de um elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito.

Nas palavras de Maria Helena Diniz<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 53.

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se nexos 'causal', de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique se que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a sua causa imediata, mas se for condição do dano, o agente responderá pela conseqüência.

Roberto Senise Lisboa<sup>70</sup> aponta três teorias explicativas sobre o nexos de causalidade, são elas: Teoria da equivalência dos antecedentes, Teoria da causalidade adequada e Teoria da relação causal imediata. e as explica dizendo que

Para a Teoria da equivalência dos antecedentes consideram-se como fatores de importância todas as forças que participaram para a produção do resultado danoso, elas devem ser consideradas como causa. A causa, deste modo, é condição *sine qua non* para verificação do resultado. Assim, a integralidade de todos os antecedentes dos quais resultou o prejuízo deve ser igualmente levada em consideração pelo aplicador da norma jurídica, para fins de imputação da responsabilidade civil.

Para a Teoria da causalidade adequada o evento danoso deve ser apreciado à luz dos antecedentes necessários e adequados para a sua ocorrência. Assim, apenas aquilo que se demonstrou imprescindível para a concretização do resultado integra o nexos de causalidade. Portanto, para essa teoria, apenas a causa principal e a condição apropriada à ocorrência do evento são os elementos de importância, para fins de responsabilização civil.

Por fim, para a Teoria da relação causal imediata somente se poderia responsabilizar uma pessoa se a conduta por ela efetivada proporcionasse de forma imediata e direta o prejuízo à vítima. Assim, qualquer outra circunstância que advenha como conseqüência normal dos acontecimentos é considerada causa estranha, pois acaba por interromper o vínculo de causalidade.<sup>71</sup>

Apesar de haver certa divergência entre os doutrinadores, sobre qual destas teorias apresentadas seria a adotada pelo Código Civil vigente, deve-se mencionar que a doutrina dominante entende que a teoria da causalidade adequada foi adotada pelo CC1916 e pelo de 2002.

<sup>69</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 100.

<sup>70</sup> SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. V 2. 3 ed. rev. Atual. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 521.

<sup>71</sup> SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. V 2. 3 ed. rev. Atual. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 521.

## 1.6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

São excludentes de responsabilidade, segundo Sílvio de Salvo Venosa<sup>72</sup> e Sílvio Rodrigues<sup>73</sup>, o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar.

### 1.6.1 Caso fortuito e força maior

Força maior evidencia um acontecimento resultante do ato alheio (fato de outrem) que está além das forças que o indivíduo possui para se contrapor, como, por exemplo, guerra, greve, etc. Já caso fortuito é aquele que não pode ser previsto, pois é um acontecimento de ordem natural que gera efeitos no mundo jurídico, como os terremotos, inundação, quedas de raio, etc.

Para Maria Helena Diniz<sup>74</sup> “o caso fortuito e força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se encontra na inevitabilidade do evento, e o subjetivo que é a ausência de culpa na produção do acontecimento”.

Tais situações encontram previsão legal no artigo 393 do Código Civil, que dispõe “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Sílvio Rodrigues<sup>75</sup> entende que “essa liberdade, mais ou menos extensa que a flexibilidade da expressão caso fortuito ou força maior, oferece ao juiz e que por ele é discretamente usada, talvez se apresente como instrumento útil para corrigir as distorções que

---

<sup>72</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 55.

<sup>73</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V 4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 164.

<sup>74</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 105.

<sup>75</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V 4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 179.

a própria vida apresenta. Valendo-se de tal liberdade e fugindo de uma apreciação objetiva, excessivamente rígida, quem sabe conseguirá o julgador chegar a conclusões que melhor atendam ao interesse social”.

Apesar do Código Civil não apresentar distinção entre força maior e caso fortuito, Sílvio de Salvo Venosa<sup>76</sup> aponta a tendência na interpretação dos institutos “A distinção que modernamente a doutrina vem estabelecendo, aquela que tem efeitos práticos e que já vai se introduzindo em algumas leis, é a que vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com sua empresa, enquanto que a força maior é um acontecimento externo”.

A título ilustrativo, segue-se um exemplo prático de aplicação do instituto:

O mal súbito que acomete motorista hígido, levando-o a perder o controle, e, a colidir com outro veículo. Nesta situação o motorista estará amparado por uma das excludentes de responsabilidade, caso fortuito (RT 453/92).

### **1.6.2 Culpa/Fato exclusiva da vítima**

Maria Helena Diniz<sup>77</sup> ensina que a “culpa exclusiva da vítima é um dos casos que se exclui qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexos de causalidade entre sua ação e a lesão”.

É o que acontece quando uma pessoa é atropelada ao atravessar, drogada, uma estrada de alta velocidade, por exemplo.

---

<sup>76</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 175.

<sup>77</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 103.



Sílvio de Salvo Venosa<sup>78</sup> explica outra possibilidade, a culpa concorrente, ao dizer que “Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, podendo a frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa”.

Tal situação encontra-se prevista no artigo 945 do Código Civil, que dispõe: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Logo, a culpa concorrente ocorre quando ambas as partes agem com qualquer das modalidades de culpa (negligência, imprudência e imperícia).

É o que acontece quando, por exemplo, ocorre o atropelamento de pedestre idoso e de constituição física débil, por um motorista sem carteira e dirigindo com excesso de velocidade. Neste caso ambos concorreram com culpa, enquanto aquele não teve cautela (negligente) para atravessar a rua, este foi imprudente ao correr e negligente ao dirigir sem documento de habilitação.

Portanto, note-se somente a culpa exclusiva da vítima elide a obrigação de indenizar e não a culpa concorrente.

### **1.6.3 Culpa/Fato de terceiro**

José de Aguiar Dias define como terceiro<sup>79</sup> “qualquer pessoa além da vítima além da vítima ou do responsável”.

Para Sílvio Rodrigues<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 55.

<sup>79</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p 169.

Quando o fato de terceiro é fonte exclusiva do prejuízo, desaparece qualquer relação de causalidade entre o comportamento do indigitado responsável e a vítima. Assim, o disparo, feito no interior da viatura por terceiro, exime o transportador de responsabilidade pelo dano experimentado pelo passageiro ferido com o projétil. Na verdade entre o passageiro e o transportador houve um contrato pelo qual este se obrigava a entregar aquele, incólume, no lugar do destino. É evidente que o contrato não foi cumprido. Entretanto, é inegável que o transportador foi impossibilitado de cumprir o prometido em virtude do fato de terceiro, que, disparando a arma de fogo, atingiu o passageiro. Tal fato, imprevisível e inevitável, partindo de terceiro, constituiu causa única do inadimplemento do transportador, que ficou alforriado do dever de reparar.

Para que o fato de terceiro exclua a responsabilidade de indenizar do causador direto do dano, há que se vestir das características semelhantes à do caso fortuito, sendo imprevisível e irresistível, pois, assim, não se completará o nexo de causalidade, excluindo a possibilidade de indenização.

No caso do fato de terceiro ser causa parcial do evento danoso proceder-se-á da mesma forma que com culpa concorrente da vítima. A responsabilidade se subdivide de acordo com o grau de culpa, que é o grau de causalidade de cada qual.

#### **1.6.4 Cláusula de não indenizar**

Sílvio Rodrigues<sup>80</sup> a conceitua como sendo “a estipulação pela qual uma das partes contratantes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano este que, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante”.

Maria Helena Diniz<sup>82</sup> também contribuiu para a compreensão da excludente em tela ao dizer que “Essa cláusula de exoneração da responsabilidade só é admitida no campo contratual. Assim, se no contrato houver estipulação de que o prejuízo causado a um

---

<sup>80</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V4. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p 169.

<sup>81</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 107.

<sup>82</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. Aum. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p 107.

dos contratantes não deverá ser reparado pelo outro, excluída estará a responsabilidade do agente, não por desaparecer o liame causa e efeito, mas em razão da própria convenção. Percebe-se que o risco é transferido para a vítima”.

Sílvio de Salvo Venosa complementa<sup>83</sup> dizendo que “essa cláusula tem por função alterar o sistema de riscos no contrato, nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima”.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>84</sup>

Muito se discute a respeito da validade de tal tipo de cláusula. Para alguns seria uma cláusula imoral, porque contrária ao interesse social. Vedando-a principalmente nos contratos de adesão, estar-se-á protegendo a parte economicamente mais fraca. Outros, entretanto, defendem-na, estribados principalmente no princípio da autonomia da vontade: as partes são livres para contratar desde que o objeto do contrato seja lícito.

Nosso direito não simpatiza com as cláusulas de irresponsabilidade. O Decreto n. 2.681, de 1912, considera nulas quaisquer outras cláusulas que tenham por objetivo a diminuição da responsabilidade das estradas de ferro. A jurisprudência, de forma torrencial, não a admite nos contratos de transporte, sendo peremptória a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal, nestes termos: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

E o Código Civil, no art. 734, preceitua: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade”.

O Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90), que se aplica atualmente a mais ou menos 80% dos contratos, por sua vez não admite a estipulação da referida cláusula nas relações de consumo. Com efeito, em seu art. 24 o aludido diploma diz que é “Vedada a exoneração contratual do fornecedor”. E no art. 25 proclama “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”. Não bastasse, em seu art. 51, ao tratar das cláusulas abusivas, consideradas nulas de pleno direito as cláusulas que “impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

Pode-se notar que esta excludente possui diversas limitações e vedações, as quais devem ser consideradas para que a cláusula de não indenizar tenha real aplicabilidade.

---

<sup>83</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 67.

<sup>84</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p 745.

Vale acrescentar que as excludentes de responsabilidade não são taxativas, ante a isso, alguns autores acrescentam estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, entre outras excludentes.

Neste primeiro capítulo buscou-se tratar da responsabilidade civil em termos gerais, apresentando conceitos e institutos que terão grande relevância no terceiro capítulo, que tratará da responsabilidade civil do médico.

Passa-se a analisar, no segundo capítulo, o profissional médico e princípios que norteiam a Medicina, salientando que tais reflexões também terão relevância para total compreensão do desfecho final.

## CAPÍTULO 2

### MÉDICO<sup>85</sup>

#### 2.1 FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL

##### 2.1.1 Exigências para o exercício da profissão

O Conselho Federal de Medicina<sup>86</sup> apresenta a definição dos vocábulos Medicina e médico nos seguintes termos

A medicina é uma modalidade de trabalho social instituída como profissão de serviço e uma instituição social a serviço da humanidade. A atividade desenvolvida por seus praticantes, os médicos, destina-se, essencialmente, ao diagnóstico de enfermidades e à terapêutica dos enfermos. Embora, tipicamente, englobe todos os procedimentos decorrentes destas duas vertentes, tidas como essenciais, acessoriamente participa da profilaxia de doenças e demais condições patológicas e da reabilitação das pessoas invalidadas.

Tecnicamente, o médico pode ser definido como o ser humano pessoalmente apto, tecnicamente capacitado e legalmente habilitado para atuar na sociedade como agente profissional da medicina.

Tendo o indivíduo optado pelo curso de Medicina, deverá escolher uma universidade reconhecida pelo MEC (Ministério da Educação), prestar vestibular e cursar os seis anos de graduação. Desta forma obterá o diploma de conclusão de curso superior, o qual lhe conferirá capacitação para o exercício da profissão.

Irany Novah Moraes<sup>87</sup> explica que “Terminado o curso de Medicina, o jovem, para ingressar na vida prática da profissão, deve registrar-se no Conselho Regional de Medicina do estado onde pretende exercer a medicina”.

---

<sup>85</sup> Informa-se que neste Segundo Capítulo será utilizada quase que exclusivamente a obra MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 732 p, ante a falta de bibliografia sobre os assuntos abordados.

<sup>86</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **A medicina e os atos médicos: Em defesa do direito da população à assistência médica digna e de qualidade**. 2003, p 5.

O Conselho Federal de Medicina<sup>88</sup> complementa a colocação do autor ao dizer que “a habilitação profissional se segue à capacitação. Verificada a legalidade do processo capacitatório e a regularidade do documento que a atesta, o organismo habilitador da profissão declara a possibilidade do candidato vir a exercer sua atividade profissional”.

Em síntese, para que o profissional médico se encontre em situação regular necessário se faz sua capacitação, ou seja, obtenção do diploma de graduação no curso de Medicina, e a habilitação, ou seja, registro no Conselho Regional de Medicina.

### **2.1.2 Qualificação profissional**

Em decorrência das limitações e precariedade da medicina antiga, suficiente se fazia a figura do médico generalista, ou seja, aquele que dominava “tudo” sobre todas as partes do corpo humano.

Entretanto, com o progresso ocorrido nas últimas décadas, a soma de conhecimentos tornou-se tão volumosa que impossibilita seu domínio por um só homem. Assim, surgiram as especialidades.

Portanto, o médico de hoje estando com a pretensão de conhecer profundamente uma área, é levado cada vez mais a reduzir sua extensão.

Neste ínterim, relevante se faz a explanação acerca dos institutos criados para propiciar o aprofundamento dos profissionais médicos em áreas específicas.

---

<sup>87</sup>MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 79.

<sup>88</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **A medicina e os atos médicos: Em defesa do direito da população à assistência médica digna e de qualidade**. 2003, p 5.

### 2.1.2.1 Especialidades e áreas de atuação reconhecidas

Define-se especialidade<sup>89</sup> como sendo o “núcleo de organização do trabalho médico que aprofunda verticalmente a abordagem técnica e prática de seguimentos da dimensão bio-psico-social do indivíduo e da coletividade”.

Conceitua-se área de atuação<sup>90</sup> como a “modalidade de organização do trabalho médico, exercida por profissionais capacitados para exercer ações médicas específicas, sendo derivada e relacionada com uma ou mais especialidades”.

O Conselho Federal de Medicina - CFM, entidade de fiscalização do profissional, instituída pela Lei 3.268/57, e regulamentada pelo Decreto 44.045/58, a Associação Médica Brasileira - AMB, e a Comissão Nacional de Residência Médica - CNRM, firmaram, em 11 de abril de 2002, um convênio objetivando estabelecer critérios para o reconhecimento, a denominação, o modo de concessão e registro de título de especialista e certificado de área de atuação médica.

Delimitou-se que seria competência da CNRM credenciar e autorizar o funcionamento dos programas de residência médica; da AMB orientar e fiscalizar a forma de concessão de títulos e certificados e do CFM registrar os títulos e certificados. E, a fim de facilitar a execução do convênio criaram a Comissão Mista de Especialidades - CME, para definir os critérios de criação e reconhecimento de especialidades e áreas de atuação médica, estabelecendo requisitos técnicos e atendendo as demandas sociais.

O trabalho desenvolvido pela Comissão Mista de especialidades contempla especialidades e áreas de atuação que, a partir de abril de 2002, passaram a ser reconhecidas pelas três entidades que compõem a Comissão: Associação Médica Brasileira, Conselho

---

<sup>89</sup> Resolução CFM 1634/02, anexo I.

<sup>90</sup> Resolução CFM 1634/02, anexo I.

Federal de Medicina e Comissão Nacional de Residência Médica. Foi um avanço grandioso, visto que anteriormente as três entidades além de números distintos, apresentavam também diferenças nas especialidades reconhecidas. Enquanto a AMB reconhecia 56 especialidades, o CFM listava 66 e a CNRM 35.

Pode-se consultar na tabela, em anexo, as especialidades e áreas de atuação reconhecidas. Os dados estão em consonância com as Resoluções CFM 1.763/05 e CNRM 02/06<sup>91</sup>.

Em apertada síntese, extrai-se algumas informações importantes dos diplomas legais citados:

O médico só pode declarar vinculação com especialidade ou área de atuação quando for possuidor do título ou certificado a ele correspondente, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina.

Permite-se a divulgação/anúncio de no máximo duas especialidades e/ou áreas de atuação.

A divulgação/anúncio de especialidades ou áreas de atuação que não tenham reconhecimento da Comissão Mista de Especialidades, como é o caso da Medicina Estética, é expressamente vedado por lei.

Trata-se de dispositivos legais frequentemente violados/desrespeitados pelos profissionais médicos, ante a isso a necessidade de citá-los.

---

<sup>91</sup> Disponível em: [http://www.fundap.sp.gov.br/rm/rm\\_old/Resid1.htm](http://www.fundap.sp.gov.br/rm/rm_old/Resid1.htm). Acesso em 17/08/06.



### 2.1.2.2 Residência Médica

Irany Novah Moraes<sup>92</sup> explica como funciona a residência médica e de que forma ela é salutar para os recém formados, ao dizer que

A residência médica alicerça-se na trilogia do T, treinamento tutelado no trabalho, trata do exercício imediato da profissão, feito sob a orientação de professor bem formado e experiente, isso possibilita ao jovem o conhecimento adequado da medicina, de como ela é exercida, além de propiciar a vivência da clínica em tempo reduzido.

O treinamento tutelado ensina como fazer e, pelo fato de o programa de aprendizado decorrer da rotina de um serviço, ele mostra como as coisas se dão na vida real. O atendimento do doente ensina o caso. A discussão entre os colegas afere o valor dos dados para a elaboração do diagnóstico, tendo em vista o cabedal de conhecimento teórico dos mais experientes. Dessa maneira, o jovem aprende a ter uma atitude científica que o deixa em condições de, ao defrontar-se com um caso com o qual não se deparara ainda, saber conduzir-se.

A Residência Médica apóia-se, também, no aprendizado vertical, resultante do permanente exercício da hierarquia entre os residentes. O fato de o R1 (residente do primeiro ano) examinar o doente e apresentar o caso ao R2, e este resolver o que sabe e levar as dúvidas ao R3 e, assim sucessivamente passando pelo preceptor, assistente e chegando até o chefe do serviço, obriga todos os envolvidos neste processo a analisarem o fato, ordenarem as idéias para apresentá-las, encadearem argumentos para fazerem deduções e, imediatamente, receberem críticas. O raciocínio assim conduzido repetidas vezes, progressivamente de maneira mais complexa sempre sobre um doente cada vez mais grave, é motivação suficiente para aguçar a inteligência e estimular a memória e a atenção.

A consolidação dos conhecimentos teóricos e práticos, entretanto, se faz pela reprodução, em razão da qual os ensinamentos recém-aprendidos são, por eles próprios, residentes, retransmitidos aos mais jovens. A repetição fixa melhor o que foi recentemente adquirido. Assim, a acumulação de conhecimento do residente vai aumentando e, em pouco tempo, ele está altamente capacitado a fazer diagnósticos.

Conclui o autor que “A residência médica é um privilégio afeto ao médico, recém egresso da universidade, que os demais jovens não têm”.<sup>93</sup>

A Residência Médica foi instituída pelo Decreto nº 80.281/77, que prevê no artigo primeiro “a Residência Médica constitui modalidade de ensino de pós-graduação

---

<sup>92</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 87.

<sup>93</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 86.

destinada a médicos, sob a forma de curso de especialização, funcionando em Instituições de saúde, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional”.

Posteriormente, adveio a lei 6.932/81 que complementou o decreto citado, e esclareceu no artigo primeiro, parágrafo segundo “é vedado o uso da expressão "residência médica" para designar qualquer programa de treinamento médico que não tenha sido aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica”.

E, no artigo 2º, estabeleceu a forma de ingresso, ao dizer que “para a sua admissão em qualquer curso de Residência Médica o candidato deverá submeter-se ao processo de seleção estabelecido pelo programa aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica”.

Sendo assim, o médico depois de formado, poderá escolher uma das especialidades reconhecidas, se submeter a prova de seleção, e, se aprovado, cursar residência médica, a fim de tornar-se especialista na área escolhida.

O tempo mínimo de formação é de dois anos, e o certificado de conclusão é expedido pela Associação Médica Brasileira, desde que atenda às determinações da Comissão Mista de Especialidades.

### **2.1.2.3 Título de Especialista**

Para Irany Novah Moraes<sup>94</sup> “o título especialista caracteriza notória e publicamente o profissional, após ter sido aprovado por seus pares”.

Após o término da residência médica o profissional poderá se submeter ao concurso de provas e títulos, a fim de, se aprovado, obter o título de especialista.

---

<sup>94</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 88.

A concessão de título de especialista ou certificado de área de atuação outorgado pela CNRM dar-se-á em observância ao art. 6º da Lei nº 6.932/81, que regulamenta a residência médica.

É oportuno salientar, que as especialidades reconhecidas são, em sua maioria, organizadas em sociedades, e, o título de especialista permite o ingresso do médico como membro efetivo desta sociedade.

É livre o acesso e a consulta por qualquer do povo, nos endereços eletrônicos das respectivas sociedades, sobre os profissionais que foram aprovados e detém o título de especialista.

#### **2.1.2.4 Exame de capacitação técnica**

A Resolução do CFM nº 1.772/05 instituiu o Certificado de Atualização Profissional para os portadores dos títulos de especialista e certificados de áreas de atuação e criou a Comissão Nacional de Acreditação para elaborar normas e regulamentos para este fim, além de coordenar a emissão desses certificados.

Buscou-se o efetivo aprimoramento do conhecimento dos profissionais médicos, tendo em vista que seu agir deve, sempre, objetivar o melhor para o paciente.

Pelo convencionado, o processo de certificação passou a vigorar desde 01/01/2006. Assim, os portadores dos títulos de especialista e certificados de áreas de atuação emitidos a partir de 01/01/2006 têm o prazo de até 5 (cinco) anos para se submeterem obrigatoriamente ao processo de certificação de atualização profissional, sob pena de perda do registro desses títulos e/ou certificados.

Já, os portadores de títulos de especialista e certificados de áreas de atuação emitidos até 31/12/2005 podem ou não aderir a este processo de certificação de atualização profissional.

Se aderirem ao programa e preencherem os requisitos necessários receberão um Certificado de Atualização Profissional em sua especialidade e/ou área de atuação, com validade de 5 (cinco) anos.

E, se não aderirem, continuarão com o registro de especialização e/ou área de atuação inalterado perante o Conselho Regional de Medicina.

Os Certificados de Atualização Profissional devidamente registrados nos Conselhos Regionais de Medicina darão direito a seu uso para divulgação e publicidade.

## **2.2 EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA**

Para Irany Novah Moraes<sup>95</sup> “Não é só o leigo que pode exercer ilegalmente a Medicina, podendo também o médico incorrer em tal condição, bastando, para tanto, não ter completada a regularização de sua documentação, como no caso daquele que, embora tenha o diploma de médico, esteja exercendo a profissão sem registrar-se no Conselho Regional de Medicina”.

As três espécies mais comuns de exercício ilegal de Medicina são o charlatanismo, o curandeirismo e o chantagismo.

---

<sup>95</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 161.

### 2.2.1 Charlatanismo

Segundo Irany Novah Moraes<sup>96</sup> “a palavra deriva do italiano *ciarlare* e significa charlar, tagarelar. Trata-se do exercício da Medicina por não-médicos ou mesmo médicos que utilizam práticas não justificadas”.

Ainda conforme a autora “o artigo 283 do Código Penal disciplina como espécie delituosa a promessa de cura por métodos secretos. Tratando-se de médico, o controle é preliminarmente, da alçada do Conselho Regional de medicina e depois policial<sup>97</sup>”.

Trata-se de uma prática cada vez mais comum, haja vista que muitos médicos se aproveitam da vulnerabilidade/ falta de conhecimento técnico de seus pacientes para prometer técnicas infalíveis, principalmente no que tange a procedimentos estéticos.

### 2.2.2 Curandeirismo

A superstição e curandeirismo andam de mãos dadas, haja vista que Curandeirismo é a crença nos saberes populares e de “agentes de cura”, como radiestesistas (aqueles que dizem perceber as radiações cerebrais que correspondem aos diversos estados de saúde), oniromancia (adivinhações através dos sonhos), cartomancia (adivinhações com o Tarô), piromancia (pela movimentação das chamas), alectromancia (pelo vôo dos pássaros), reflexomancia (através de uma Bola de Cristal), entre outros. Vê-se que no curandeirismo não há a utilização de recursos advindos da Medicina.

Irany Novah Moraes<sup>98</sup> diz que “para que o curandeirismo se consuma não precisa haver dano, o crime decorre do perigo presumido”.

---

<sup>96</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 162.

<sup>97</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 162.

Diz ainda “A Lei de Contravenções Penais, artigo 27, e o Código Penal, artigo 284, consideram essa prática um atentado à saúde pública<sup>99</sup>”.

Neste sentido o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, decidiu "Se os agentes manipulam fórmulas medicamentosas sem a devida habilitação legal e, da mesma forma, **realizam orações e técnicas esdrúxulas**, prometendo curas prodigiosas com o objetivo primacial de lucro, aplicam-se-lhes os artigos 282 e 284, do Código Penal, nas suas formas qualificadas", diz a decisão. (HC 36244)

A medicina é uma profissão que requer capacitação e habilitação de seu agente, isto porque o permite tratar do maior bem que as pessoas possuem, a vida. É relevante mencionar que ante a fragilidade deste bem qualquer erro pode ser fatal, ou seja, irreversível, assim, vê-se o quanto a prática do curandeirismo pode ser perigosa. O crime decorre do perigo presumido de sua conduta.

### 2.2.3 Chantagismo

Chantagismo advém dos vocábulos chantagerar/ chantagem, que nada mais é que a tentativa de extorquir dinheiro. Ocorre quando o paciente tem conhecimento de informações que poderão comprometer o profissional e em troca do silêncio pede dinheiro.

Irany Novah Moraes<sup>100</sup> ensina que

Não é raro ocorrer forte pressão dos familiares para obter atestado de óbito em casos em que não há diagnóstico da causa da morte, em que o médico solicita exame necroscópico. A família em prantos apela para o caráter humano do médico, numa verdadeira chantagem emocional. Passados dois ou três dias, aparece um familiar

---

<sup>98</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 162.

<sup>99</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 162.

<sup>100</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p163.

dizendo que não aceita a situação e que só ficará calado se receber um dinheiro ou, caso contrário, denunciará o caso na Delegacia de Polícia e depois na televisão. Diante de tais situações, o médico deve sempre proceder com tranquilidade e bom senso, não tendo medo de ameaças.

O procedimento deve ser assim equacionado: primeiro: não emitir diagnóstico sem ter certeza dele. Havendo pressão para fazê-lo escrever no local da doença indefinida. A família terá que conseguir na Delegacia de Polícia a remoção do corpo para exame de verificação de óbito.

Em segundo lugar, uma vez dado o atestado de óbito, evidentemente dentro do rigor da verdade, em plena liberdade do exercício da profissão, sem constrangimento devido a pedido de ninguém que o desvie daquilo que sua consciência manda, nada deve temer. As ameaças de alguns familiares inconformados, mesmo pretendendo denunciar o caso na Delegacia, televisão ou jornal, não podem intimidar o médico. Enfrentar o caso com altivez é não temer a pressão, nem mesmo se houver tentativa de chantagem. O médico pode ou até deve quando chegar televisão denunciar este fato.

Os documentos emitidos pelo médico devem sempre estar em consonância com Código de Ética Médica, ou seja, devem transparecer os fatos realmente ocorridos, assim agindo não será vítima do chantagismo.

## **2.3 MISSÃO DA MEDICINA**

A missão da Medicina é a cura, ou seja, o total restabelecimento da saúde.

A Organização Mundial de Saúde define saúde como o estado de completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.

Passa-se a expor os caminhos que o profissional deve percorrer para a materialização de sua missão.

### **2.3.1 Atendimento do doente/ Exame clínico**

Seja qual for a natureza da moléstia, é ela o fator que leva o paciente a procurar um médico. Neste encontro, o médico tem que colher o maior número de informações sobre o paciente e sobre os sintomas que o incomodam, ou seja, tem que realizar o exame clínico.

Para Fernanda Schaefer<sup>101</sup> “Deve o exame clínico ser extremamente sério e cauteloso, pois precede a emissão do diagnóstico. Neste exame procura-se esgotar toda a investigação sobre os sintomas apresentados pelo paciente, pois este estudo prévio poderá influenciar nas demais decisões a respeito da enfermidade. É, pois, fundamental o exame clínico bem feito e sistematizado”.

Segundo Irany Novah Moraes<sup>102</sup>

É fundamental no exercício da profissão médica o exame clínico bem feito. Ele deve ser completo, de maneira sistemática e com conhecimento. A não observação destes três aspectos é freqüente causa de erro.

É preciso lembrar que o doente é um todo: logo, mesmo o especialista deve fazer o exame completo e, se não for sistematizado, ele se perderá, não registrando alguma informação que muitas vezes pode ser essencial para o diagnóstico.

Evidentemente, a compreensão teórica é fundamental: só acha quem sabe o que procura. Não tendo esse procedimento sempre, muitas doenças poderão passar despercebidas.

Após fazer o exame clínico, o médico passa ao diagnóstico. Proceder ponderando os dados e informações obtidos no exame clínico com seu conhecimento teórico, previamente adquirido, e com a sua bagagem prática, obtida pelas experiências anteriores.

### 2.3.2 Fatores de risco

Fernanda Schaefer<sup>103</sup> interpreta as palavras de Irany Novah Moraes e diz que “as doenças cujas etiologias são desconhecidas devem ser estudadas tomando-se por base as características físicas, genéticas, alimentares, influência do meio ambiente, da comunidade em que costumam aparecer com maior incidência. Denomina-se este grupo social de grupo de

---

<sup>101</sup> SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2006. p 70.

<sup>102</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 196.

<sup>103</sup> SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2006. p 70.



risco. Portanto, fixando-se o perfil deste grupo é possível chegar a um denominador comum sobre os fatores de risco (predisponentes, agravantes e desencadeantes)”.

Ainda conforme a autora “A utilização do Grupo de Risco na elaboração do diagnóstico Implica em dois procedimentos. O primeiro deles é conhecer o Perfil do Grupo de Risco, ou seja, quais são as características que definem a condição para integrá-lo. O segundo é identificar no paciente os Fatores de risco, ou seja, aqueles que o tornam integrante do Grupo de Risco”.<sup>104</sup>

Portanto, é essencial a análise das características do paciente, dos sintomas e dos sinais apresentados, pois em sua manifestação observam-se os fatores que predispõe ao aparecimento de um quadro patológico, outros que desencadeiam e também os que agravam. São classificados em fatores predisponentes, desencadeantes a agravantes respectivamente.

Irany Novah Moraes<sup>105</sup> ensina que

Fatores predisponentes são aqueles intrínsecos da natureza humana, podendo ser mesmo devidos à própria programação genética do paciente ou diretamente ligados aos chamados fatores gerais de variação como sexo, idade, grupo étnico, biótipo, hereditariedade.

Fatores agravantes também poderiam ser chamados fatores complicadores, pois se sobrepõem ao quadro. Alguns exemplos: hipertensão, diabetes, tabagismo, obesidade, sedentarismo.

Fatores desencadeantes, geralmente, são ocasionais e mudam a evolução natural da doença. É o caso de um traumatismo sobre um pé isquêmico, uma forte emoção num infartado. Busca-se mostrar como uma intercorrência pode complicar um caso clínico e até mesmo levar o doente à morte.

Antes de estabelecer o diagnóstico, o médico deve se informar sobre fatores predisponentes e agravantes, isto porque na presença destes fatores os pacientes poderão ser

---

<sup>104</sup> SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2006. p 70.

<sup>105</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 125 a 131.

considerados de risco, sendo assim, requererão cuidados desdobrados, inclusive no que tange a prescrição de medicamentos.

### 2.3.3 Diagnóstico

O vocábulo diagnóstico significa<sup>106</sup> “conhecimento ou determinação de uma doença pelos sintomas; avaliação”.

Para Irany Novah Moraes<sup>107</sup> “o diagnóstico médico é complexo e exige, para ser completo, ser considerado sob quatro vertentes, a saber: funcional, sindrômica, anatômica e etiológica”.

#### Continua, explicando as vertentes apontadas

O diagnóstico funcional é facilmente feito pelos dados da história clínica bem tomada, e, às vezes, até mesmo só pela queixa do paciente.

O diagnóstico sindrômico depende da competência do médico tirar bem a história clínica, interpretando sua evolução a cada alteração no quadro ou sintoma; é mais explicativo do que objetivo e indica como a função do órgão ou a estrutura afetada foi alterada pela doença.

O diagnóstico anatômico, o exame físico bem feito, é rico em sinais, e os exames complementares de imagem são modernamente cada vez menos invasivos, e mais exatos, com maior precisão, melhor sensibilidade e sempre com progressiva exatidão.

O diagnóstico etiológico costuma ser o mais difícil, embora com todo progresso da biotecnologia, pois de quase mil doenças oficialmente catalogadas pelas organizações internacionais, apenas se conhece a causa de um terço delas. Tudo se torna difícil quando se procura juntar os dados oferecidos pelo paciente e os obtidos pelos exames físicos e complementares para enquadrá-los em um dos seguintes itens que relaciona todas as causas conhecidas das doenças: 1. Inflamação; 2. Infecção; 3. Infestação; 4. Degeneração; 5. Neoplasias; 6. Alteração metabólica; 7. Problema imunológico; 8. Envenenamento; 9. Traumatismo (químico, elétrico, por radiação nuclear ou raio X); ou por exclusão dos demais resta a confissão da causa desconhecida; 10. idiopática.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. Rev. atual. São Paulo: FTD, 1996. p 212.

<sup>107</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 203.

<sup>108</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 203.

Existem três princípios que norteiam o diagnóstico médico, são eles: Abrangência do diagnóstico, Precisão do diagnóstico e Hierarquia dos diagnósticos.

O primeiro prevê que o diagnóstico inicial deve explicar o maior número de sintomas e sinais apresentados.

O segundo preconiza a junção das quatro vertentes de diagnóstico (funcional, etiológico, anatômico e sincrômico) para a caracterização precisa da doença.

O terceiro assenta a idéia de prioridade ao diagnóstico mais gravoso, por ser o mais perigoso.

Irany Novah Moraes<sup>109</sup> também contribuiu na explicação dos princípios, ao dizer que

Abrangência do diagnóstico: O diagnóstico deve sempre ser o mais abrangente possível explicando o maior número de sintomas da doença. Nesse ponto, deve ser ressaltada a justificativa dos pedidos de exames complementares que deverão ser feitos para confirmar ou afastar o diagnóstico.

Precisão do diagnóstico: O diagnóstico deve indicar a etiologia, a estrutura anatômica afetada e a alteração da função causada pela doença. Cada uma das três vertentes indica um aspecto diferente, mas que somados aprimoram a caracterização da doença.

Hierarquia dos diagnósticos: Na concomitância de mais de uma doença, a ordenação hierárquica dos diagnósticos, para tratamento, deve obedecer a seqüência decrescente de perigo de vida e de lesões irreversíveis que cada uma das doenças diagnosticadas representa. Aquela que apresentar o maior risco deve ser tratada prioritariamente.

O diagnóstico deve ser cuidadosamente definido, pois ele possibilita estabelecer a conduta e fazer prognósticos.

### **2.3.4 Conduta**

O vocábulo conduta significa<sup>110</sup> modo de agir.

---

<sup>109</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 166.

Segundo Irany Novah Moraes<sup>111</sup> “No decurso de toda a evolução da doença distingue-se a importância da conduta a cada momento; ela depende da evolução natural da doença e da resposta a cada procedimento. O diagnóstico não só pode como deve ser corrigido a cada passo, sempre que possível em tempo real, para que o desvio da rota seja menor, possibilitando retorna ao caminho certo e com menores seqüelas”.

O autor diz ainda que<sup>112</sup>

É consenso entre os médicos que se pode errar o diagnóstico, mas não a conduta. O que parece estranho e até mesmo ilógico na prática não o é. Para compreender esse aparente paradoxo é preciso fazer um artifício de raciocínio e partir do fato que todas as doenças têm quatro tipos de diagnóstico: etiológico, funcional, anatômico e sindrômico.

Também é preciso lembrar que a Classificação Internacional de Doenças distingue cerca de novecentos códigos, sendo que muitos deles com muitas especificações, significando vários graus da mesma doença, assim estima-se existirem cerca de seiscentas doenças, das quais dois terços seguramente são de causa desconhecida. Nos casos que não se sabe definir a causa da doença pode-se usar a expressão diagnóstico nosológico. Mostrando esse refinamento do diagnóstico, cabe considerar como se pretende utilizá-lo, não perdendo de vista o doente, quando corre perigo de vida e quando a intensidade do sofrimento pode tornar necessária medidas urgentes. Neste caso, o médico não pode retardar a conduta, à espera de exames complementares, e deve se restringir ao bom senso e tomar suas decisões apoiado exclusivamente no diagnóstico clínico de probabilidade. Cabe, em tais circunstâncias, estabelecer condutas de proteção à vida sem o diagnóstico preciso do caso.

O erro de diagnóstico faz parte do cabedal do conhecimento próprio do médico e não traz maiores conseqüência para o doente; entretanto, o erro de conduta pode levá-lo à morte.

Por exemplo: Muitos óbitos ou grandes ressecções intestinais podem ocorrer devido ao retardamento da operação. A dificuldade diagnóstica às vezes mascara o quadro e faz que a precaução atrase a cirurgia e então não haja mais tempo para salvar o órgão. Mais uma vez a competência, junto com a experiência, é equilibrada pelo bom senso. Os malefícios do atraso são sempre maiores do que o risco da operação precoce, que talvez pudesse ser dispensada. É o risco decorrente dos limites da capacidade humana.

Não é de estranhar que haja divergência de conduta entre os médicos e que tal fato não represente erro de um ou de outro. Há de se considerar que as decisões de cada

---

<sup>110</sup> BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. Ver. Atual. São Paulo: FTD, 1996. p 155.

<sup>111</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 239.

<sup>112</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 209 a 216.

profissional vão depender de múltiplos fatores, mas, principalmente, da sua própria cultura, capacidade, experiência específica no diagnóstico daquela doença, particularmente fundamentada na vivência do procedimento.<sup>113</sup>

A conduta diz respeito à escolha do procedimento que o médico vai tomar, desde a simples requisição de exames complementares até a realização de uma cirurgia de emergência. Tal atitude dependerá da especificidade do caso concreto e da preparação do profissional para enfrentar com maestria a situação.

Salienta-se que os exames complementares apenas devem ser requisitados quando a história e o exame físico indicarem esta providência, a fim de confirmar o diagnóstico, nunca com o fim de procrastinação do atendimento.

Por fim, é importante mencionar que o médico tem o dever de informar ao paciente suas conclusões e expectativas, desta forma cumprirá com o princípio da Transparência da verdade.

Irany Novah Moraes<sup>114</sup> complementa dizendo “O doente ou seu responsável deve ficar sabendo com clareza e, a seu nível de compreensão, o diagnóstico, as alternativas de conduta, os prognósticos esperados em cada uma delas, bem como a evolução natural da doença... é preciso que o doente entenda o que vai obedecer”.

Além de constituir um dos princípios basilares da Medicina (Princípio da Transparência da Verdade), o direito a informação também tem a finalidade de estreitar o laço de confiança que une o paciente ao médico.

---

<sup>113</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 209 a 216.

<sup>114</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 168.

### 2.3.5 Procedimentos possíveis

Conforme Irany Novah Moraes<sup>115</sup>

Os procedimentos médicos são oficialmente listados pela AMB – Associação Médica Brasileira (Terceiro Registro de Títulos e Documentos de São Paulo 4.602.758/96), onde os honorários são estabelecidos com valores referenciais para convênios e planos de saúde, procurando, no dizer de seu presidente, “compatibilizar interesse e possibilidades, direito e justiça, honra e dignidade”. A publicação relaciona todos os procedimentos da prática médica corrente no país.

É de ressaltar que o documento considera todas as condições plausíveis da assistência ao doente, desde a consulta até os atos mais complexos, como os transplantes de múltiplos órgãos; contemplando os procedimentos para diagnóstico e tratamento, considerando tratar-se de clínica geral ou especializada, cirúrgica ou não, em urgência ou de rotina, para tratamento ambulatorial, internado ou domiciliar.

O volume de 160 páginas apresenta 3.873 itens, lembrando que muitos deles podem ser desdobrados, resultando em procedimentos complementares para solucionar dificuldades encontradas no decorrer do exame ou outro ato terapêutico.

Está tramitando um Projeto de Lei sobre o ato médico (PLS 25/2002) que pleiteia regulamentar os Atos Médicos. Entretanto, está na Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado para discussão do mérito. De acordo com o projeto, que tem apenas cinco artigos, o médico deverá ter em vista a promoção da saúde, prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças e reabilitação dos doentes.

### 2.3.6 Tratamento médico

O vocábulo tratamento significa<sup>116</sup> processo de curar.

O procedimento médico é norteado por dois princípios, são eles: Prioridade dos procedimentos e Proteção absoluta do doente.

Irany Novah Moraes elucida estes princípios dizendo

<sup>115</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 217 a 221.

<sup>116</sup> BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. Ver. Atual. São Paulo: FTD, 1996. p 652.

Prioridade dos procedimentos: O tratamento deve, prioritariamente, na seqüência: preservar a vida, a função, a anatomia e a estética.

O tratamento sempre envolve dois tipos de risco: os decorrentes do próprio ato em si e o da natureza da resposta do organismo a ele. Para minimizar tais perigos, o médico deve considerar o resultado esperado procurando preservar a vida e, estando esta garantida; ele deve a seguir considerar a manutenção da função do órgão, sua anatomia e finalmente a estética. Entre os procedimentos devem ser lembrados a ministração de medicamentos e os efeitos colaterais adversos, bem como a potencialização, inibição ou modificações de associações de drogas, considerando também aquelas com uso crônico ou ocasional, bem como sua associação como álcool, fumo ou a vícios e, também, durante períodos críticos da vida como gestação, infância e senilidade.

Proteção absoluta do doente: Nenhum procedimento médico, seja para diagnóstico ou tratamento, pode prejudicar o paciente, Este princípio é baseado na recomendação de Hipócrates de preliminarmente não lesar. Ele estimula a prudência do médico nos procedimentos que afetam o doente tanto para fazer o diagnóstico, como também no tratamento. Implicitamente pode-se admitir que esteja embutido neste preceito tudo que põe em risco a vida, a função, a anatomia e a estética do paciente, seja pela ação ou omissão do médico e nele está também o rigoroso sigilo profissional. Todo procedimento ético da profissão está contido neste princípio.<sup>117</sup>

Após a análise do caso concreto o médico poderá optar por tratamento medicamentoso, cirúrgico ou pela união de ambos.

Sobre o tratamento medicamentoso, diz Irany Novah Moraes<sup>118</sup> que

O médico, ao prescrever um medicamento deve ter conhecimento das respostas do organismo, de seu mecanismo de ação e com muita profundidade deve saber os efeitos colaterais indesejáveis.

Vários são os mecanismos pelos quais as drogas podem ter uma ação indesejável. Croce e Toledo assim os relacionavam: superdosagem, efeitos colaterais, efeitos secundários, interações entre drogas, intolerância, idiossincrasias e alergias ou hipersensibilidade. Salientaram os mesmos autores que algumas dessas reações podem ser previsíveis e estão relacionadas às suas ações farmacológicas; são elas: superdosagens, efeitos colaterais e secundários, bem como as interações. As imprevisíveis, como intolerância. Idiossincrasia e alergia estão praticamente relacionadas a mecanismos imunológicos dos indivíduos ou a fatores genéticos.

A maior problemática sobre esta questão está no fato de pessoas leigas lerem a bula dos medicamentos e se considerarem aptas para se automedicarem, e, também

<sup>117</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 168 e 169.

<sup>118</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 223 a 238.

ocorre do balconista da farmácia, imbuído com a mesma pseudo-certeza, indicar medicamentos. Em assim agindo, a probabilidade de conseqüências indesejadas é imensa.

Ainda conforme o autor “A medicação sintomática deve ser prescrita para tornar a doença mais confortável, esse é o enunciado do princípio do Conforto do paciente”.

119

O avanço, no que tange a medicamentos, das últimas décadas conseguiu melhorar a qualidade de vida das pessoas, tornando mais suportável a adversidade.

Excepcionalmente, ou seja, apenas quando a situação e/ou doença assim determinarem efetuar-se-á tratamento cirúrgico.

Tratamento cirúrgico é a intervenção do profissional especializado no corpo humano, através da realização de operações.

## 2.4 DOCUMENTOS ELABORADOS PELO MÉDICO

Diversos são os documentos exarados pelos médicos. Entretanto, destacam-se o atestado médico, o atestado de óbito, a declaração para acompanhante, os laudos periciais, os laudos indiretos e o prontuário médico.

Irany Novah Moraes<sup>120</sup> explica-os dizendo

Atestado médico é um documento exarado por médico para firmar a verdade de um fato ou manifestação do pensamento, que exijam condição profissional de seu autor e deve ser redigido em papel timbrado da instituição em que está trabalhando ou, no caso de clínica particular, com seu nome, endereço e número de registro no Conselho Regional de Medicina, no qual o profissional atesta, após indicara o nome do paciente e a finalidade para a qual é expedido, a condição de saúde ou de doença avaliada por exame clínico completo, bem como eventual capacidade ou restrição, com a responsabilidade que sua qualificação lhe confere, indicando a cidade, a data

---

<sup>119</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 169.

<sup>120</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 589 a 596.



com assinatura sobre carimbo com seu nome, número de inscrição no CRM e no CPF.

Atestado de óbito é um documento que visa fornecer informações que facilitem separar a causa básica da morte das demais. No modelo estabelecido pela OMS, o atestado de óbito é dividido em duas partes sendo que, na primeira, são indicadas: a) causas diretas; b) causa antecedente intercorrente; c) causa antecedente básica. Na segunda, outros estados patológicos significativos que concorreram para a morte, porém não relacionados com a doença ou estado patológico que a produziram.

Declaração para acompanhante é um documento emitido pelo médico, declarando que o paciente exige cuidados especiais de seus responsáveis legais, justificando inclusive um afastamento temporário dos mesmos de seus respectivos empregos. Contudo, inexistente para o empregador obrigação legal de aceitá-lo, salvo se em alguns casos específicos existir acordo, convenção ou dissídio regulamentando a matéria para categorias diferenciadas.

Laudo pericial é um documento escrito exarando parecer ou relatório dos peritos. Pode limitar-se a fornecer uma informação, ser conclusivo ou ser um esclarecimento de ordem técnica, dependendo da natureza da perícia. A estrutura do laudo é: 1. cabeçalho: a) nome completo do profissional, b) sua qualificação, c) motivo que o leva ao caso; 2. identificação do indivíduo, corpo ou objeto; 3. histórico; 4. exame físico; 5. Discussão; 6. Conclusões; e 7. Resposta aos quesitos.

Laudo indireto é o documento feito com base em documentos existentes que registrem o fato ou que indiquem as condições do indivíduo, pessoa ou corpo alvo da perícia. Os pontos a serem considerados pela perícia devem ter em vista o que ocorreu no passado, com ou sem seqüelas, e, ainda, as circunstâncias em que o paciente faleceu. Talvez o mais adequado seja referir-se a esse exame como Perícia Retrospectiva, em que a peritagem é baseada na análise de circunstâncias passadas.

Prontuário médico é o conjunto de documentos padronizados, destinados ao registro da assistência prestada ao paciente, desde sua matrícula no hospital até à sua saída pela alta ou óbito.

Este documento é importante para o paciente, para o corpo clínico e para defesa legal. Para o paciente porque facilita seu atendimento, com diminuição do seu tempo de permanência no hospital, o que resulta em benefício para si e para a instituição; Para o corpo clínico porque é o único modo de se poder analisar o acerto de uma terapêutica adequada a um determinado diagnóstico, pois contém os dados de evolução; baseado nos dados clínicos e na reação dos pacientes a um determinado tratamento, o corpo clínico terá condições de realizar investigação clínica; E para a defesa legal porque fornece todas as informações necessárias para análises judiciais.

Todos estes documentos devem ser elaborados com o máximo zelo do profissional, para que reflitam a transparência dos fatos vividos, ou seja, a verdade.

O Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.246/88, prevê, nos capítulos X e XI, algumas vedações no que diz respeito os documentos aludidos.

Ante a grande violação na prática, cita-se:

É vedado fornecer atestado médico que não corresponda a verdade. Também é vedado atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente ou quando não tenha prestado assistência ao paciente. Trata-se de violação ao princípio basilar da transparência da verdade.

É proibido deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito, sendo assim veda-se a possibilidade do médico ser perito de paciente seu, de pessoa de sua família, ou de qualquer pessoa a qual tenha relações capazes de influir em seu trabalho.

Por fim, para maior segurança na elaboração dos documentos citados, aconselha-se que haja uma descrição minuciosa da patologia apresentada e que seja mencionado o CID (Classificação Internacional de Doenças), que é um gênero de nomenclatura médica criada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

## **2.5 CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA**

O Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.246/88, foi publicado em 26.01.88 e passou a ter vigência a partir desta data. Ele contém normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem.

No capítulo I são elencados os princípios fundamentais que norteiam a atividade médica. No capítulo II estão previstos alguns direitos do profissional. No capítulo III há deveres, o Código está minuciosamente ordenado para facilitar o entendimento das diretrizes éticas.

Extrai-se da resolução citada, a título ilustrativo, alguns direitos e posteriormente alguns deveres do médico:

Tem direito de não atender paciente que não deseje, salvo na ausência de outro médico, em caso de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente (artigo 7º);

De denunciar os colegas que pratiquem atos que contrariem os postulados éticos, à Comissão de Ética da instituição em que exerce seu trabalho profissional e, se necessário, ao Conselho Regional de Medicina (artigo 19º);

De indicar o procedimento que considere adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas (artigo 21º);

De internar e assistir pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte de seu corpo clínico (artigo 25º); Entre outros...

Tem dever de não praticar discriminação (artigo 1º);

De manter-se sempre atualizando (artigo 5º);

De manter sigilo das informações que tomar conhecimento no desempenho de suas funções (artigo 11º);

De apenas afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo que temporariamente, se deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave (artigo 36º);

De comparecer em plantão em horário preestabelecido e de apenas se ausentar com a chegada do substituto, salvo motivo de força maior (artigo 37º);

De esclarecer e obter o consentimento do paciente antes de efetuar qualquer procedimento médico (artigo 46º);

De informar o paciente do diagnóstico, do prognóstico, dos riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano (artigo 59°);

Está proibido de abandonar qualquer paciente que esteja sob seus cuidados, salvo se ocorrer algum fato que prejudique o bom relacionamento com o paciente. Sendo assim, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou seu responsável legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder (artigo 61°);

Não poderá exercer simultaneamente a Medicina e a Farmácia, bem como obter vantagem pela comercialização de medicamentos, órteses ou próteses, cuja compra decorra da influência direta em virtude da sua atividade profissional (artigo 99°);

É vedado dar consulta, diagnóstico ou prescrição por intermédio de qualquer veículo de comunicação de massa (artigo 134);

E, por fim, anunciar títulos científicos que não possa comprovar ou especialidade para a qual não esteja qualificado (artigo 135°).

Todo médico deve ter conhecimento de seus direitos e deveres, deve conhecer profundamente o Código de Ética Médica, agindo assim reduzirá consideravelmente a possibilidade de um incômodo processo disciplinar.

### 2.5.1 Direitos e deveres do paciente

São direitos e deveres do paciente segundo o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo<sup>121</sup>

Ter acesso ao conjunto de ações e serviços necessários para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

Ter acesso ao atendimento ambulatorial em tempo razoável para não prejudicar a saúde.

Ser atendido, com atenção e respeito, de forma personalizada e com continuidade, em local e ambiente digno, limpo, seguro e adequado para o atendimento.

Identificar as pessoas responsáveis direta ou indiretamente por sua assistência, por meio de crachás visíveis, legíveis e que contenham o nome completo, a profissão, cargo do profissional e o nome da instituição.

Receber informações claras, objetivas, completas e compreensíveis sobre seu estado de saúde, hipóteses diagnósticas, exames solicitados e realizados, tratamentos ou procedimentos propostos, inclusive seus benefícios e riscos, duração e alternativas de solução. Devem ser detalhados os possíveis efeitos colaterais de medicamentos, exames e tratamentos a que será submetido. Suas dúvidas devem ser prontamente esclarecidas.

Ter anotado no prontuário, em qualquer circunstância, todas as informações relevantes sobre sua saúde, de forma legível, clara e precisa, incluindo medicações com horários e dosagens utilizadas, risco de alergias e outros efeitos colaterais, registro de quantidade e procedência do sangue recebido, exames e procedimentos efetuados. Cópia do prontuário e quaisquer outras informações sobre o tratamento devem estar disponíveis, caso solicite.

Receber as receitas com o nome genérico dos medicamentos prescritos, digitadas ou escritas em letra legível, sem a utilização de códigos ou abreviaturas, com o nome, assinatura do profissional e número de registro no órgão de controle e regulamentação da profissão.

Ser previamente informado quando o tratamento proposto for experimental ou fizer parte de pesquisa, o que deve seguir rigorosamente as normas de experimentos com seres humanos no país e ser aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa do hospital.

Comparecer as consultas e exames na data e horário previamente marcados.

Seguir as recomendações e orientações médicas.

---

<sup>121</sup> Fonte: Publicação “**O SUS pode ser seu melhor plano de saúde**”- IDEC Defesa do Consumidor. In: [http://www.hcnet.usp.br/informacoes\\_uteis/direitos\\_deveres\\_paciente.htm](http://www.hcnet.usp.br/informacoes_uteis/direitos_deveres_paciente.htm). Disponível em 05/10/06.

O conhecimento dos seus direitos e deveres é de grande valia para o paciente, já que apenas sabendo poderá exigir o que lhe é devido.

Percebe-se uma questão delicada se que tange aos adeptos da religião testemunho de Jeová que não admitem a transfusão de sangue, pois há confronto entre um dever do médico com um direito do paciente.

Irany Novah Moraes<sup>122</sup> resolve o impasse dizendo

Diante de um caso de grave risco de vida, o médico pode ser processado se deixar o paciente morrer por não ter usado todos os recursos que a Medicina oferece. A família interfere para evitar a transfusão de sangue e o próprio doente declara que prefere morrer a tomar sangue.

O procedimento recomendado nestes casos é que o médico comunique o fato ao delegado de polícia, que agilizará a justiça, e o juiz de plantão dará uma autorização para, à revelia do paciente, proceder dentro dos preceitos vigentes na Medicina moderna e ministrar a transfusão de sangue por ele indicada e prescrita.

É muito importante que o paciente tome conhecimento de seus direitos e de seus deveres, entretanto, na prática, constata-se que a grande maioria da população os desconhece.

Após a visualização do profissional como um todo, desde sua formação até a as condutas designadas como apropriadas nos casos concretos, passa-se à responsabilização do mesmo em decorrência de sua atuação profissional.

---

<sup>122</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 364.

## CAPÍTULO 3

### RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

#### 3.1 RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE

Durante longo período houve intensa discussão em torno da natureza jurídica da relação médico/paciente. Isso ocorreu porque o legislador inseriu o erro médico entre os atos que ensejariam indenização pela sua ilicitude, e não como derivação da inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida.

Segundo Hildegard Tagessell Giostri<sup>123</sup> “a opinião dominante em relação à natureza jurídica da responsabilidade médica opta por sustentar que, em regra, os profissionais liberais estão unidos a seus clientes por um vínculo contratual”.

Entende-se desta forma porque o exercício do ofício pressupõe, em condições normais, a interatividade na realização de um negócio jurídico, em que o profissional se obriga a realizar determinada atividade pactuada.

Entretanto, existem situações que acabam modificando a natureza da responsabilidade médica, transferindo-a para o campo da extracontratualidade. Hildegard Tagessell Giostri<sup>124</sup> elenca algumas destas situações

1) Casos em que os serviços prestados pelo facultativo o sejam de forma espontânea, sem intervenção alguma da vontade do paciente. Por exemplo, quando o médico dá atendimento à vítima de acidente, ou de mal súbito, em via pública. É Indubitável que o paciente está sem condições de doar seu consentimento, não há como

---

<sup>123</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002. p 59.

<sup>124</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002. p 62 a 64.

conjecturar-se a existência de um contrato, já que este pressupõe um acordo de vontades coincidentes e exteriorizadas.

2) O atendimento médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com seu representante legal a fim de obter a devida autorização.

3) A atividade do facultativo desenvolvida contra a vontade do paciente, *verbi gratia*, nos casos de suicida que recebe assistência antes da consumação do fato.

4) No caso de serviços médicos requeridos por pessoa distinta do paciente, sempre e quando aquela não se apresente como representante legal ou voluntária do paciente, o que obrigaria contratualmente ao último.

5) Quando o feito médico configurar, sem prejuízo da ilicitude civil, um delito penal eivado de dolo. Como exemplo, uma mutilação inútil ou um experimento sem fim curativo.

6) Quando o contrato celebrado entre facultativo e paciente for nulo, *lato sensu*, por carecer de alguns elementos essenciais ou pela presença de qualquer outro defeito ou vício.

7) O atendimento por intermediário do serviço público patrocinado pelo Estado, e que caracteriza responsabilidade objetiva para a entidade e extracontratual para o profissional.

8) Os efeitos de um incêndio no consultório ou os prejuízos materiais ou morais quem podem advir de uma visita médica.

Conforme foi mencionado no primeiro capítulo, existe certa divergência doutrinária acerca da necessidade de se distinguir responsabilidade contratual da extracontratual. Ao que parece, a razão assiste aos que entenderam necessária a distinção, por todos os motivos já enumerados anteriormente.

### 3.1.1 Tipos de contrato médico

Para Hildegard Taggesell Giostri<sup>125</sup> “os tipos de contratos admitidos como sendo viáveis entre o médico e seu cliente são: o mandato, a locação de obra, de serviços, o contrato *sui generis*/inominado/atípico, o contrato multiforme ou proteiforme, o contrato de trabalho e, por último, o contrato de assistência médica”.

---

<sup>125</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002. p 60.



A corrente majoritária entende tratar-se de um contrato *sui generis*, pois a prestação dos serviços médicos possui normas próprias, que não se enquadram nas previstas para os contratos nominados.

Segundo Hildegard Haggessell Giotri “O contrato *sui generis* é aquele contrato não disciplinado expressamente pela lei, mas que em virtude das crescentes relações humanas tem sido permitido, se lícito seu objeto, para que produza efeito no mundo jurídico, tutelando-se, dessa maneira, a iniciativa da autonomia privada”.

Pode-se notar que essa espécie de contratação não encontra espaço na legislação nacional, sendo, então, figura atípica. Para vigorar não necessita de forma especial, nem de definição exata quanto ao objeto em suas minúcias, tampouco preço e condições de pagamento. A forma é absolutamente livre, sendo suficiente que se prove a existência do liame das partes entre si, o que gerará os direitos e as obrigações pertinentes.

### 3.1.2 Características do contrato médico

Não há divergência entre os autores no que tange a características do contrato médico.

Hildegard Taggesell Giotri<sup>126</sup> cita algumas particularidades comuns a todos os tipos de contrato médico

Contrato *intuitu personae*, ou seja, um ato de confiança para as duas partes e, em especial, em relação à escolha do médico pelo paciente.

Da qualidade de ser *intuitu personae* deriva a característica da **rescindibilidade** do contrato médico-paciente, e tal diz respeito a ambas as partes. Ao médico lhe é facultado desistir livremente, contanto que sua atitude não traga prejuízo ao paciente e que a ele seja assegurada a continuidade dos cuidados que lhe são necessários. Tal faculdade existirá sempre que a obrigação se encontre em curso, mas desde que não se tenha pré-fixado um resultado determinado e com data prevista. Caso contrário,

---

<sup>126</sup> GIOTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002. p 65 a 67.

se o profissional se obrigou a um ato específico, ou a um determinado tratamento, a ruptura unilateral injustificada originará sua responsabilidade.

É um contrato **contínuo**, já que na maioria dos casos realiza-se um espaço de tempo contínuo. Para a elaboração do diagnóstico, e o posterior tratamento, é necessário um determinado espaço de tempo o qual será mais, ou menos longo, conforme a maior ou menor gravidade específica de cada caso. Entretanto, também pelo fato de ser personalíssimo, o contrato poderá ser rescindido em qualquer hora e por qualquer das partes.

**Obrigações recíprocas** comporta, normalmente, o contrato médico. O facultativo compromete-se a despender seus cuidados ao paciente, enquanto este se incumbem de lhe remunerar; o que caracteriza um **contrato sinalagmático** e a **título oneroso** (não impedindo que, em caráter nem sempre excepcional, o médico ofereça seus cuidados gratuitamente). Quando as condições, por ele estabelecidas, forem totalmente cumpridas extingui-se o contrato.

É **civil** a área de atuação ou do negócio médico e, tradicionalmente, o trabalho dos profissionais liberais é estranho à esfera do direito mercantil, já que exclui o caráter comercial do contrato médico.

O contrato costuma ser de **forma livre e não formal**, todavia, sem prejuízo das exigências que a lei possa vir a estabelecer em determinadas circunstâncias para a prova de exigência daquele. Como exemplos, a retirada de órgãos e implante dos mesmos.

Segue a autora dizendo que

O objeto do contrato médico deverá ser sempre a prática de atos lícitos, de tratamentos e cirurgias permitidas por lei e pelas disposições administrativas, morais e éticas que regulam a prática da medicina e disciplinam o relacionamento com o paciente.

O descumprimento das obrigações contratuais ou seu mal cumprimento, caracterizado pela ação culposa, conforme já mencionado, impõe ao infrator o dever de reparar a falta cometida, incorrendo em uma responsabilidade de natureza civil.<sup>127</sup>

O contrato médico-paciente é *sui generis*, ou seja, não possui previsão legal, por isso incumbiu à doutrina elencar as características essenciais que esta espécie de contrato deve apresentar.

---

<sup>127</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002. p 67.

### 3.2 OBRIGAÇÃO

Como foi visto, a relação médico-paciente, via de regra, é contratual, o que significa dizer que as partes têm obrigações recíprocas e que devem cumpri-las, sob pena de ingressarem no campo da responsabilidade.

Segundo Hildegard Taggesell Giostri<sup>128</sup> “o vocábulo obrigação é oriundo do latim, de *obligatio* e, no direito romano, tinha o sentido de um vínculo de direito que ligava necessariamente alguém a outrem”.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>129</sup> a conceitua como “uma relação jurídica transitória de cunho pecuniário, unindo duas (ou mais) pessoas, devendo uma (o devedor) realizar uma prestação à outra (o credor)”. O mesmo autor conclui dizendo que obrigação nada mais é que a própria relação jurídica.<sup>130</sup>

É importante reforçar, de forma breve, a distinção entre obrigação e responsabilidade.

Sinteticamente a obrigação é a relação jurídica que confere ao credor o direito de exigir do devedor uma determinada prestação (conceito que acabou de ser visto). Já a responsabilidade é a consequência jurídica e patrimonial do descumprimento da prestação (conceito que foi tratado no primeiro capítulo).

---

<sup>128</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 78.

<sup>129</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6 ed. V 2. São Paulo: Atlas, 2006. p 5.

<sup>130</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6 ed. V 2. São Paulo: Atlas, 2006. p 5.

### 3.2.1 Obrigação de meio e de resultado

As obrigações decorrentes dos contratos médicos dividem-se em obrigações de meio e obrigações de resultado.

Para Fernanda Schaefer<sup>131</sup>

São obrigações de meio aquelas em que o médico, ao assistir o paciente, obriga-se apenas a empregar de forma diligente todos os meios e recursos disponíveis para a melhor condução do quadro clínico apresentado, sendo irrelevante a apresentação do resultado. Nestes casos o ônus da prova é do credor, ou seja, deve o paciente demonstrar que o médico (devedor) agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

As obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se compromete a atingir um determinado objetivo, o que importa é o resultado final e não os meios utilizados. Não sendo atingido o resultado será o médico considerado inadimplente. Aplicam-se a estes casos os princípios da responsabilidade civil objetiva.

Segundo Humberto Theodoro Júnior<sup>132</sup> “na obrigação de resultado, o contratante se obriga a alcançar um determinado fim, cuja não consecução importa em descumprimento do contrato. Já na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo”.

Note-se que a obrigação de meio não obriga o profissional à obtenção de um fim específico e determinado, apenas o obriga a realizar certa atividade com atenção, cuidado, diligência, lisura, dedicação e toda a técnica disponível rumo a um fim, mas sem o compromisso de atingi-lo. Nesta modalidade de obrigação o objeto do contrato é a própria atividade do devedor. Nestes casos incumbe ao credor provar a culpa do devedor.

Já na obrigação de resultado há o compromisso do contratado com um resultado específico, que é o cerne da própria obrigação, sem qual não haverá o cumprimento

---

<sup>131</sup> SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2006. p 38.

<sup>132</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico**. Revista dos Tribunais. São Paulo, fev 1999, a. 88, v 760, p 41.

desta. Nesta modalidade de obrigação ocorre a inversão do ônus da prova, cabendo ao acusado provar a inverdade do que lhe é imputado.

O posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência brasileira entende que, em regra, aplica-se ao profissional médico as regras da obrigação de meio, entretanto em algumas situações, como por exemplo cirurgia plástica, exames laboratoriais, entre outras, aplicam-se as regras da obrigação de resultado.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>133</sup> diz que “Na grande maioria das atuações a obrigação do médico é de meio; por vezes será de resultado, como se afirma na cirurgia plástica meramente estética e em exames laboratoriais”.

Existem diversos julgados neste sentido, cita-se um apenas a título de ilustração “Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume a obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da finalidade, tanto pelo dano material, como [pelo dano moral decorrente da deformidade, salvo prova de força maior ou caso fortuito. (STJ – RE n 10.536/Rio de Janeiro, Rel. Min. Dias Trindade)”.

Embora a maioria dos juristas brasileiros considere que a obrigação do médico seja de resultado na cirurgia estética, há estudiosos que divergem desta doutrina.

Hildegard Taggesell Giostri<sup>134</sup> diz que

Observa-se que na doutrina pátria, de uma maneira geral, quando se pesquisa o assunto “obrigação de meio e resultado” encontra-se, no máximo, alguns curtos parágrafos sobre o tema, e isso, ainda, quando o mesmo não se exaure nas suas próprias definições ou conceitos.

Daí, não há como não concluir que quando um assunto é mal pesquisado tem grandes chances de ser mal utilizado ou usado inadequadamente. E essa é a situação

---

<sup>133</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5 ed. V 4. São Paulo: Atlas, 2005. p 138.

<sup>134</sup>GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 79 a 99.

atual no Brasil: grande parte da doutrina e da jurisprudência entende ser de resultado a prestação obrigacional do cirurgião plástico e do anestesiológico.

Todavia, já se encontram julgados e pareceres onde se pode perceber que aqueles que se propuseram a pesquisar e a estudar a fundo a matéria perceberam a improbabilidade de seu uso, optando por não caracteriza-las como sendo de resultado.

Será que não era tempo de ver o que os outros países estão pensando e fazendo a respeito? Países que têm tradição na pesquisa do assunto, em especial a França, que saiu na frente de todos os outros em termos de responsabilidade médica e onde o mundo jurídico vai buscar Informações sobre o tema.

É importante lembrar que os franceses também passaram pelo mesmo período de “incerteza”, como acontece com o Brasil agora, todavia, isso foi superado há muitos anos. A fase de incerteza e sua superação podem ser confirmadas pela frase lapidar de PENNEAU: “A jurisprudência admitiu, ainda que com uma certa hesitação, que a obrigação do cirurgião estético não era, fundamentalmente, diferente da obrigação de qualquer outro cirurgião, em virtude da álea inerente a todo ato cirúrgico”.

Não pairam dúvidas quanto ao fato de a obrigação do médico (clínico, cirurgião geral e cirurgião plástico reparador) ser de meios, já que ele não se compromete com a cura, mas, sim a utilizar toda a sua potencialidade física e mental, todo o cuidado consciencioso e atento, toda a aparelhagem disponível e adequada para atingir o melhor resultado para seu paciente.

Por outro lado, o problema começa e se agiganta, quando o tema é a cirurgia plástica cosmética ou embelezadora que, no entender de inúmeros autores e parte dos julgadores, conforme mencionado, insere-se na modalidade de obrigação de resultado.

É interessante lembrar que todos os autores, especialmente os franceses, que se propuseram a comentar, estudar ou até criticar sua divisão, foram unânimes em afirmar que a obrigação de resultado era adequada para todos os casos com uma prestação determinada, mas onde o fator álea não estivesse presente.

Daí entender-se inadequado considerar como de resultado uma obrigação cujo cumprimento se desenrola numa zona tão aleatória quanto a do organismo humano. Ele é previsível sim, mas até um certo ponto, a partir daí é entrar-se no universo nebuloso da imprevisibilidade e da imponderabilidade.

Uma reação anafilática é algo que pode ocorrer com qualquer indivíduo, frente a qualquer substância estranha que lhe seja injetada (com exceção, talvez, da água bidestilada) e, pra isso, ainda não há na ciência médica um meio de previsão, podendo ocorrer quando menos se espera.

O subjetivismo, a imprevisibilidade do organismo, a sua complexidade e o fator álea estarão sempre presentes, independentemente da vontade e do agir profissional. Se a obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção do resultado, sem o qual se terá o inadimplemento da relação obrigacional, então está-se a tratar de outra área, previsível, ponderável, não subjetiva e com ausência de álea.

No mesmo sentido Miguel Kfouré Neto<sup>135</sup> diz que

Em recente publicação, Luís O. Andorno expõe as seguintes reflexões “Se bem que tenhamos participado durante algum tempo deste critério de ubicar a cirurgia estática na campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão levou-nos à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, ubicando também a cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência”.

Para o jurista platino, o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, revela-se imprevisível em numerosos casos. Acrescenta que toda intervenção sobre o corpo humano é aleatória. Anota, por fim, que a doutrina e jurisprudência francesa têm se orientado neste sentido.

E arremata: “A nosso juízo, o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente”.

Segundo o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior “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. (RT 718/33)”.

Hildegard Tagessell Giostri<sup>136</sup> aponta os casos, excepcionais, em que a obrigação do médico é vista como de resultado

De acordo com a doutrina francesa a obrigação de resultado do médico poderá ocorrer em três casos excepcionais: a) Pela vontade das partes; b) pela natureza da prestação e c) pela força da lei.

A vontade das partes pode conferir à obrigação do médico a natureza de obrigação de resultado em circunstâncias diversas, porém bem precisas, a saber:

a) Quando o médico promete executar certo ato em um determinado momento, ou promete executar pessoalmente tal ato.

<sup>135</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 175.

<sup>136</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 99 a 101.

b) Quando o médico promete que sua intervenção terá um resultado certo e determinado.

No que diz respeito à natureza da prestação entende-se que situações semelhantes às de um centro de transfusão de sangue, no qual é feito o levantamento prévio e preciso de seus doadores, estarão engajados em uma obrigação de resultado. Também nos casos de exames laboratoriais corriqueiros, contudo se o exame de laboratório comportar uma álea, em razão de sua interpretação delicada, a obrigação não será senão de meio, com base na falibilidade humana e na subjetividade de seu ser.

A lei, por sua vez, pode impor reparação pelos prejuízos advindos da atividade médica, especialmente no que diz respeito às pesquisas biomédicas sem benefício individual direto. O Código de Saúde Pública Francês dispõe que, neste tipo de pesquisa, aquele que promove ou assume, mesmo sem culpa, a indenização pelas conseqüências danosas sofridas pela pessoa testada.

Ao que parece, a obrigação do médico deveria ser sempre de meio, devido a presença do fator álea em todas as intervenções médicas, exceto nos casos expostos acima.

Nota-se que a doutrina e jurisprudência francesa estão anos luz de distância se comparadas às brasileiras, ante a isso o procedimento correto seria a importação de todo este avanço.

### 3.2.2 Obrigação do médico ante a lei 8.078/90

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, lei 8.078/90 que entrou em vigor em 11.03.1991, foi criado para regular as relações consideradas de consumo.

Hildegard Taggesell Giotri<sup>137</sup> conceitua relação de consumo como “aquelas que se estabelecem entre fornecedores e consumidores”.

O artigo 2º da lei 8.078/90 prevê que **consumidor** é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou **utiliza** produto<sup>138</sup> ou **serviço**<sup>139</sup> como destinatário final”. (negrito meu)

---

<sup>137</sup> GIOTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 106.



E o artigo 3º, do mesmo diploma legal, conceitua **fornecedor** como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção... ou comercialização de produtos ou **prestação de serviços**”. (negrito meu)

O profissional médico enquadra-se no conceito de fornecedor, pois presta serviço de natureza intelectual ao paciente. Já o paciente enquadra-se no conceito de consumidor, visto que utiliza o serviço como destinatário final. Logo, a relação médico-paciente é uma relação de consumo, regida, portanto, pelo Código de defesa do Consumidor.

Segundo Hildegard Taggesell Giostri<sup>140</sup> “O princípio da responsabilidade objetiva do prestador de serviços, consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor, sofre uma única exceção, qual seja, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais”.

Para Carlos Alberto Gonçalves<sup>141</sup>

Por profissional liberal há que se entender o prestador de serviço do tipo solitário, ou seja, aquele que faz do seu conhecimento sua ferramenta de sobrevivência.

Contudo são estas mesmas categorias que, nos dias atuais, cada vez mais tendem a se agrupar em torno de empresas prestadoras de serviço, tais como: hospitais, grupos de saúde, entre outras.

A referida exceção, todavia, aplicar-se-ia apenas ao profissional liberal, não se estendendo àquelas pessoas jurídicas para as quais venha a prestar serviço, ou às quais se integre.

A norma de exceção diz, igualmente, respeito apenas ao serviço prestado pelo profissional liberal, do que pode se depreender que os fornecedores de produtos e serviços utilizados pelo profissional responderão objetivamente por qualquer defeito que venham a apresentar.

---

<sup>138</sup> Art. 3º, parágrafo primeiro, lei 8.078/90 “Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

<sup>139</sup> Art. 3º, parágrafo segundo, lei 8.078/90 “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito ou securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

<sup>140</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 105.

<sup>141</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p 261.

O artigo 14, parágrafo quarto, da lei 8.078/90 dispõe “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”.

Note-se que o artigo faz menção a necessidade de verificação da culpa, o que é relevante apenas na modalidade de responsabilidade subjetiva.

Portanto, para que haja a responsabilização civil, do profissional médico, necessária a perquirição de todos os pressupostos da responsabilidade subjetiva, são eles: ação/omissão, dano, nexo de causalidade e culpa (em sentido lato).

### 3.3 CULPA EM SENTIDO LATO

A culpa em sentido lato abrange a culpa em sentido estrito e o dolo.

Dolo, para Washington dos Santos<sup>142</sup> é “má-fé, astúcia, maquinação, consciência do autor de estar praticando ato contrário a lei e aos bons costumes; intencionalidade do agente, que deseja o resultado “criminoso” ou assume o risco de o produzir”.

Segundo Miguel Kfoury Neto<sup>143</sup> “Dolo é a violação deliberada, consciente, intencional, de um dever jurídico”.

Já o vocábulo culpa, segundo Irany Novah Moraes<sup>144</sup> “deriva do latim e significa: falta, erro, é compreendido como a falta cometida contra o dever, por ação ou omissão, procedida de ignorância ou de negligência. A culpa não é a positiva intenção de causar dano, há simplesmente a falta ou inobservância do dever que é imposto ao agente”.

---

<sup>142</sup> SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p 67.

<sup>143</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 68.

<sup>144</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed. Ver atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p 575.

Washington dos Santos<sup>145</sup> a conceitua como “a não observância de um dever objetivo de cuidado, quando as circunstâncias objetivas tornaram previsível a produção do resultado (o agente não queria produzir o fato, mas por falta de cuidado, produziu)”.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>146</sup> transcreve as palavras de Sérgio Cavalieri Filho “culpa em sentido estrito é uma conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.

Miguel Kfourì Neto<sup>147</sup> também traz sua contribuição ao dizer “Na culpa o agente não visa causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, imprudente ou imperita, resulta dano a outrem”.

A informação mais importante no que tange à culpa é a possibilidade de visualização das conseqüências da conduta, pois se forem previstas ou previsíveis fala-se em culpa *estrito sensu*, caso contrário (imprevistas ou imprevisíveis) não há como configurar a culpa.

A culpa em sentido estrito possui três facetas: imperícia, negligência e imprudência, as quais serão analisadas no próximo tópico.

Em síntese, pôde-se concluir que a culpa em sentido estrito é a ocorrência de um resultado (dano) não querido, porém que poderia ter sido evitado se o agente tivesse tomado os cuidados necessários. Já o dolo é a intenção na ocorrência do resultado (dano).

---

<sup>145</sup> SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p 67.

<sup>146</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5 ed. V 4. São Paulo: Atlas, 2005. p 33.

<sup>147</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 68.

### 3.3.1 Modalidades de culpa médica

São modalidades de culpa estrito sensu a imperícia, a negligência e a imprudência.

Para Hildegard Tagessell Giostri<sup>148</sup> “a postura culposa do médico caracterizar-se-ia quando o seu agir estivesse imbuído de falta de diligência e da inobservância das normas de conduta. Essa falta de diligência, de prevenção e de cuidado seria, então, o elemento dinâmico essencial a caracterizar a culpa, dando nascença às suas três modalidades, a imperícia, a imprudência e a diligência”.

#### A autora explica as três modalidades de culpa

Imperícia é a falta de habilitação para praticar determinados atos que exigem certo conhecimento. É a ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, inaptidão na arte ou na profissão.

Imprudência, por sua vez, consiste na precipitação, na falta de previsão, em contradição com as normas do procedimento sensato. Conforme ensina José de Aguiar Dias, é a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que cada qual deve tomar com seus atos.

É uma modalidade de culpa por ação, quando o médico faz o que não devia, seja por uma má avaliação dos riscos, por impulsividade, por falta de controle e, até, por levandade.

Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam agir com atenção, com capacidade, solicitude e discernimento. Relaciona-se, no mais das vezes, com a desídia, ocorrendo por omissões de precauções às quais o agente deveria se obrigar.

É, pois, um tipo de culpa por omissão, efetivando-se quando o profissional não fez o que deveria ter feito, seja por inércia, passividade, indiferença, desleixo, descuido, menosprezo, preguiça ou mesmo cansaço<sup>149</sup>.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa<sup>150</sup>

<sup>148</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 42 a 47.

<sup>149</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 42 a 47.

Na negligência o agente não age com a atenção devida em determinada conduta; há um desajuste psíquico traduzido no procedimento antijurídico, ou uma omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso.

Na imprudência o agente é intrépido, açoitado, precipitado e age sem prever conseqüências nefastas ou prejudiciais.

É imperito aquele que demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade.

Conforme Miguel Kfourri Neto<sup>151</sup>

A negligência médica caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo. Como, por exemplo, um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa o plantão, mas o substituto não chega e um doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos.

Na imprudência há culpa comissiva. Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açoitadas, precipitadas, sem usar cautela. É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca.

Imperícia é a falta de observação de normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático.

Adverte que diagnóstico errado não é sinal de imperícia, dadas as circunstâncias que envolvem a análise dos sintomas, às vezes confusos. Ocorreria o chamado erro honesto.

Por exemplo: é imperito o obstetra que, na operação cesariana, corta a bexiga da parturiente.

Hildegard Tagessell Giotri<sup>152</sup> complementa dizendo

As três modalidades de culpa, imperícia, imprudência e negligência, têm características próprias ainda que de limites tênues e, com base nisso, pode haver um momento em que essas espécies se entrelaçam, verificando-se, então, a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada de desprezo pela diligência e pelas regras de habilidade, a imperícia traçada de negligência. Exemplificando, os casos de esquecimento de compressas e tesouras nas cavidades operatórias, durante o ato cirúrgico. Ou, a amputação equivocada de um membro pelo outro.

Para o correto enquadramento do caso prática à uma das três modalidades de culpa, em sentido estrito, basta a identificação das palavras chaves, sendo assim imperícia está

<sup>150</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5 ed. V 4. São Paulo: Atlas, 2005. p 36.

<sup>151</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4 ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 83 a 95.

<sup>152</sup> GIOTRI, Hildegard Tagessell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 42 a 47.

diretamente relacionada com inabilitação, imprudência com precipitação (comissão) e negligência com descuido (omissão).

### 3.3.2 Perquirição da culpa no caso concreto

A culpa é definida no caso concreto pela análise abstrata da conduta do homem médio, ou seja, comparando o comportamento ao de outro médico.

Reitera Sílvio de Salvo Venosa<sup>153</sup> dizendo que “Não é possível estabelecer-se aprioristicamente um padrão de conduta. A culpa deve ser avaliada no caso concreto, geralmente levando-se em conta o homem médio ou *bonus pater familias*”.

#### Segundo Hildegard Tagessell Giostri<sup>154</sup>

Entendemos que uma das possibilidades mais justas, para definir se o médico agiu ou não com culpa, diria respeito à análise de seu comportamento comparado ao de outro médico, da mesma categoria e de idênticas situações, ou seja, perquirir a culpa *in abstracto*.

Em tal apreciação, três fatores seriam de extrema relevância, a saber: não se esperar, ou exigir, que um médico radicado no interior tenha o mesmo conhecimento, o mesmo desempenho e se utilize das mesmas técnicas e práticas atualizadas, que seriam exigidas de um colega seu, vivendo em grande centro urbano, pudesse dispor de moderno e completo aparato hospitalar.

Em segundo, o erro de diagnóstico, visto de uma forma genérica, não se constitui em culpa e nem forte razão para tanto reside no fato de que apenas uma pequena porcentagem da etiologia<sup>155</sup> das doenças é conhecida. Também, porque, um mesmo sintoma pode estar ligado a várias etiologias, propiciando, assim, a possibilidade de ocorrer um falso primeiro diagnóstico. Entendemos que agiria o médico com culpa se acompanhando o caso de seu paciente e constatando que o tratamento não estava adequado, visto a sua não melhora, continuasse a insistir no mesmo. Do que se conclui que erro de diagnóstico não enseja culpa, mas erro de conduta, sim.

Por terceiro, uma situação de emergência é uma atenuante de certo valor, podendo modificar a avaliação de uma presumida culpa. É diversa a posição do médico que teve tempo para refletir sobre o problema de seu paciente e erra, daquele que comete um erro ao atender uma acidentado com grave hemorragia, com uma parada respiratória ou outra situação emergencial.

---

<sup>153</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5 ed. V 4. São Paulo: Atlas, 2005. p 36.

<sup>154</sup> GIOSTRI, Hildegard Tagessell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 41 a 42.

<sup>155</sup> Parte da Medicina que trata da origem das doenças.

Estes três parâmetros apontados pela autora, análise médico do interior, de situações de emergência e de erro de diagnóstico, sempre devem ser observadas na análise da culpa *in abstracto*, sob pena de um enquadramento injusto.

### 3.4 ÔNUS DA PROVA

João Monteiro de Castro<sup>156</sup> esclarece que ônus é “o agir de determinado modo para a satisfação de interesse próprio, evitando-se uma situação de desvantagem. Falar em ônus probatório significa encargo de provar, faculdade cujo exercício é necessário para a fruição de certo interesse”.

Ainda conforme o autor

A aplicação das regras do ônus probatório no processo civil brasileiro, feita com suporte numa visão estática, dá-se da seguinte forma, de acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil:

Em regra, a cada uma das partes cabe trazer para os autos os elementos comprobatórios das alegações que tenha feito. Portanto, ao autor cabe conduzir ao processo as provas dos fatos sobre os quais funda o seu direito; ao réu, cabe provar os fatos que, de modo direto ou indireto, deixam patente a inexistência daqueles.

Em regra, também, cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu aprova de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor<sup>157</sup>.

Consuelo Taques Ferreira Salamacha<sup>158</sup> diz que

Para se obter o sucesso em pleito indenizatório, resta claro e evidente que é o autor quem tem o ônus de provar a incúria médica, pois o Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu artigo 14, parágrafo 4º, que a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, isto é, a culpa precisa estar configurada em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

As regras do ônus da prova têm, pois, como função fundamental a de indicar, no curso do processo, qual das partes está legitimada para exercitar o poder processual de aduzir as provas. Deve-se salientar que esta é uma questão extremamente

---

<sup>156</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil de Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 186.

<sup>157</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil de Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 186.

<sup>158</sup> SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2005. p 104 a 119.

delicada, visto que a desigualdade entre as partes se verifica, dado que o paciente nada sabe sobre medicina.

Hildegard Tagessell Giostri<sup>159</sup> explica as dificuldades encontradas pelo paciente na produção de provas sobre a culpa médica

A culpa médica apresenta peculiaridades decorrentes das características técnicas das quais se reveste, o que a torna, muitas vezes de difícil comprovação.

Os principais obstáculos que se antepõem a que ela possa ser determinada de maneira clara e acessível repousam nos seguintes fatores:

Natureza confidencial das relações médico-paciente:

Via de regra, o relacionamento entre profissional e cliente dá-se no recinto fechado de um consultório, sendo de natureza estritamente confidencial, sem testemunhas ou documentos. Quando o paciente pretende apresentar alguma prova material do seu descontentamento, dispõe apenas de uma receita, na qual foram previstos alguns medicamentos e a maneira de usá-los.

Silêncio por parte dos que presenciaram ou que participaram do ato médico:

Em um trabalho de equipe é bastante comum a existência de uma discrição solidária frente a um erro eventualmente por um dos integrantes daquela. Uma sala de cirurgia, por exemplo, é um espaço fechado, freqüentado apenas pelos que estão juntos num determinado propósito, podendo haver entre eles, não só laços de hierarquia, como de amizade também.

Aspecto técnico da culpa médica:

Os juristas têm, muitas vezes, que se servir dos préstimos de um perito médico, o que pode trazer à tona o problema conhecido como *esprit de corps*, ou corporativismo, por conta do qual imagina-se que o laudo pericial possa vir a ser dado com um certo favorecimento, por se tratar de um colega de profissão. Não se pode dizer que esta seja a regra mas, de igual maneira, seria inverídico dizer que tal não ocorre, ainda que a tendência de semelhante postura seja entrar em declínio, até por força de seu código de ética. Um laudo favorecido unilateralmente, sem dúvida, vai dificultar sobremaneira a caracterização do erro e, por conseguinte, a aferição da culpa a ser responsabilizada, ainda que a ele o julgador não esteja adstrito. Mas, a bem da verdade, não há como negar que, não raro, encontram-se laudos bastante severos, apontando claramente o erro do colega.

Reitera João Monteiro de Castro<sup>160</sup> ao afirmar que

A prova da culpa e do nexa de causalidade da culpa com o dano às vezes é dramática, senão quase impossível para o paciente lesado, dada a falta de

<sup>159</sup> GIOSTRI, Hildegard Tagessell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 41 a 42.

<sup>160</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil de Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 186.



documentação das várias etapas da relação com o médico, a natureza confidencial, quase íntima dos contratos médico/paciente, a ausência de testemunhas, a complexidade técnica dos procedimentos médicos, alguns complicados, as quais dificultam a identificação do erro médico culposo.

O médico estará à frente do consumidor, não somente em razão de seus conhecimentos técnico-científicos, mas também porque, em certas circunstâncias (como quando o paciente está anestesiado), apenas ele, dentre os figurantes da relação tem condição de demonstrar alguma coisa.

No mesmo sentido, Consuelo Taques Ferreira Salamacha<sup>161</sup> diz que “A culpa médica, pelas características que se reveste a sua consecução, é de difícil comprovação”.

Conclui-se que a comprovação da culpa é extremamente difícil, pois além obstáculos encontrados nas suas próprias características há a vulnerabilidade técnica do paciente.

Estando ciente desta situação, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que rege a relação médico-paciente, possibilitou, em alguns casos, a inversão do ônus da prova, a fim de restabelecer o equilíbrio contratual.

O artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor prevê os direitos básicos do consumidor e no inciso VIII está o mais importante deles, que é a inversão do ônus da prova.

O dispositivo legal prevê “a facilitação das defesas de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for **verossímil a alegação**, ou quando for ele **hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiência”. (negrito meu)

---

<sup>161</sup> SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2005. p 101.

Note-se que a inversão do ônus da prova não é automática, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação do consumidor, ou for ele hipossuficiente.

Segundo Consuelo Taques Ferreira Salamacha<sup>162</sup> “A verossimilhança contempla aquelas alegações que realmente trazem um elevado grau de proximidade da verdade ao juiz da causa. Assim, na hipótese de os fatos alegados pelo paciente serem acreditáveis, pode o juiz inverter o ônus da prova, de tal forma que ao médico incumbirá provar sua inocência. Já a hipossuficiência abarca os casos em que o consumidor for a parte mais fraca economicamente ou tecnicamente”.

A inversão do ônus da prova busca resgatar a parte mais fraca da relação jurídica, para que haja um efetivo equilíbrio contratual.

### 3.5 ERRO MÉDICO

Como já foi dito anteriormente, Saúde é o bem estar do indivíduo no seu sentido mais amplo, doença é o oposto.

O paciente procura o profissional médico para restabelecer sua saúde. O erro médico é um desvio do objetivo a ser atingido.

Washington dos Santos<sup>163</sup> o conceitua como erro como o “ato ou efeito de errar; juízo falso, desacerto, engano; ter falsa noção das coisas”.

---

<sup>162</sup> SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2005. p 104 a 119.

<sup>163</sup> SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p 67.

Hildegard Tagessell Giostri<sup>164</sup> o define como “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão do profissional”.

Consuelo Taques Ferreira Salamacha<sup>165</sup> diz que “Erro médico é ação ou omissão do médico, que no exercício profissional, cause dano à saúde do paciente. Somente lhe pode ser imputado o erro se for comprovado o nexo de causalidade entre a falha do médico e o mau resultado para o doente”.

Existem diversas espécies de erro, alguns geram o dever de indenizar e outros não. Passa-se a análise das modalidades de erro.

### 3.5.1 Modalidades

A doutrina diverge no que tange as modalidades de erro.

Segundo Hildegard Tagessell Giostri<sup>166</sup>

**Erro médico:** Quando ocorre uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional.

Às vezes, é possível a ocorrência de um erro que, por ser de pequena monta ou por não deixar seqüelas, passa despercebido ao cliente. Todavia, quando da ação ou da omissão do profissional advier um dano para o paciente, com claro e indispensável nexo de causalidade, então deverá ele ser responsabilizado.

**Erro do paciente:** Quando o paciente confunde a não realização de suas expectativas com erro médico, sendo que uma grande parte dos casos tidos pelos pacientes ou familiares como erro, decorre da incompreensão sobre o que lhe foi dito, ou do que não foi adequadamente entendido.

---

<sup>164</sup> GIOSTRI, Hildegard Tagessell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 135 a137.

<sup>165</sup> SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2005. p 104 a 119.

<sup>166</sup> GIOSTRI, Hildegard Tagessell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 135 a 141.

Isso ocorre porque há por parte do paciente, uma expectativa bastante grande em relação ao trabalho de seu médico, haja vista que ele está a laborar o que há de mais precioso: a sua vida e a sua saúde.

**Erro de diagnóstico e Erro de conduta:** Agirá o médico com culpa, não por ter errado o seu diagnóstico, mas por ter insistido em manter-se dentro de uma conduta não satisfatória e não adequada, não advindo daí nenhum benefício para o seu paciente e, por contada qual, não poderá este último apresentar progresso ou melhora na sua patologia. (OBS: Estas modalidades de erro foram abordadas no segundo capítulo).

**Erro profissional ou escusável:** Aquele contingente que decorre de falta não imputável ao médico, seja pelas naturais limitações da medicina, seja pela impossibilidade de um diagnóstico exato, o que poderia levar o profissional a uma conduta errônea. Insere-se nesta classe, também, os casos nos quais o médico procedeu corretamente, mas o doente omitiu informações, ou não colaborou com a sua parte na elaboração do diagnóstico ou no desenrolar do tratamento.

Em todas estas situações podem ocorrer erros, mas serão vistos como intrínseco às limitações da profissão e da natureza humana, não sendo imputados ao médico. São chamados de escusáveis, com base no fato de que todo procedimento técnico, mesmo que corretamente efetuado, traz em si uma possibilidade de resposta adversa.

Pode-se constatar que não é qualquer espécie de erro que enseja responsabilização, apenas o erro médico propriamente dito, já que somente este advirá de atos culposos ou dolosos do profissional.

Assim como é importante o estudo das modalidades de erro também é o da iatrogenia, pois são conceitos que se complementam e demonstram que não é qualquer ato praticado pelo médico, mesmo que cause um “dano”, que ensejará Responsabilidade Civil.

### 3.5.2 Iatrogenia

Conforme João Monteiro de Castro<sup>167</sup> “Iatrogenia é vocábulo composto a partir de dois radicais gregos: *iatrós* e *genos*. O primeiro deles significa médico e o segundo geração, o que faz a junção deles indicar tudo o que seja causado pelo médico”.

Para Irany Novah Moraes<sup>168</sup> Iatrogenia se refere “não só ao que ocorreu pelo que o médico fez, como também pelo que deixou de fazer e deveria ter feito”.

<sup>167</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil de Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 30.

## Ainda segundo o autor

Uma vez conceituado o que seja iatrogenia, torna-se fácil evidenciar a existência de três tipos:

No primeiro enquadram-se as lesões previsíveis e também esperadas, pois o procedimento proposto implica resultado com seqüela.

No segundo, agrupa-se o resultado previsível, porém inesperado para o caso, mas que decorre do perigo inerente a todo e qualquer procedimento. Ele ocorre em todos os graus, do nulo ao óbito.

No terceiro, encontram-se os resultados decorrentes de falhas do comportamento humano no exercício da profissão, falhas passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico.<sup>169</sup>

João Monteiro de Castro<sup>170</sup> adota a mesma classificação apontada por Irany

Novah Moraes quanto as modalidades de Iatrogenia, e exemplifica-as da seguinte forma

No primeiro grupo, encartam-se as cirurgias mutiladoras a implicarem seqüelas visíveis (amputação de membros, por exemplo) ou não (extração parcial ou total dos órgãos internos tumorados, por exemplo).

Um bom exemplo do segundo grupo é a reação alérgica a contraste utilizado em exames radiológicos.

Já as lesões decorrentes de falhas no comportamento humano no exercício da profissão trazem à baila a problemática da responsabilidade civil do profissional e, como exemplo, pode-se mencionar a confusão da veia safena com a artéria femoral, durante a safenectomia, a conduzir quadro alarmante, que evolui para a gangrena.

Continua o autor dizendo “O médico, portanto, em razão da exposição física e psíquica do paciente, exerce uma atividade que não é injurídica, mas tangencia o injurídico, sendo que a responsabilidade só surgirá se o limite divisório for extrapolado”.<sup>171</sup>

A atuação médica tem um limite tênue entre o que é permitido e o que é proibido, aí está a importância do conhecimento das modalidades de iatrogenia.

<sup>168</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed. Ver atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p 489.

<sup>169</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed. Ver atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p 489.

<sup>170</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil de Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 30.

<sup>171</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil de Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 31.

Conforme foi exposto nos itens anteriores havendo a prova do erro médico, ou seja, da ação/omissão, do dano, do nexo causal e da culpa haverá o dever de reparar o dano (responsabilização civil).

Também há possibilidade de indenização pela perda de uma chance, onde se flexibiliza a prova do nexo causal.

### 3.6 PERDA DE UMA CHANCE

Esta Teoria foi apresentada no primeiro capítulo, sinteticamente trata-se da possibilidade da vítima obter indenização parcial de quem, por culpa, prive-a de obter certa vantagem, mesmo que não fique comprovado o nexo causal.

Para João Monteiro de Castro<sup>172</sup> “Três são as modalidades principais: Perda de chance de alcançar uma situação melhor, de cura ou sobrevivência e de obter socorro alimentar”.

A modalidade da perda da chance de cura ou sobrevivência terá enfoque principal, por referir-se ao profissional médico, tema central do presente estudo.

João Monteiro de Castro<sup>173</sup> diz que

Esta teoria corresponde a uma corrente jurisprudencial que começou a ganhar corpo na França, na década de 60. Por ela, ao médico é imposta uma obrigação parcial de indenizar se, por culpa sua, faz perder ao doente uma chance palpável de cura ou sobrevivência. Na França, é designada por *perte de chance de guérison ou de survie*.

O médico não tem a obrigação de curar; se ele cuidou bem do doente, se dominou as chances de cura ou sobrevivência, não há como censurá-lo. Por outro lado, se o cuidado deficiente acarretou a diminuição ou a supressão da chance de sobreviver, há dano advindo da perda de uma chance.

---

<sup>172</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil de Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 191 a 193.

<sup>173</sup> CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil de Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 191 a 193.

## Segundo Miguel Kfoury Neto

M. Akida examina, distintamente: a) perda de uma chance e erro de diagnóstico; b) perda de uma chance e ausência de exames pré-operatórios; c) perda de uma chance e ausência de anestesiológico qualificado; e d) perda de uma chance e falta de cuidados médicos.

A fim de que não parem dúvidas sobre o trato jurisprudencial do tema, na França, sintetizam-se as hipóteses acima mencionadas.

### A) Perda de uma chance e erro de diagnóstico

Tenha-se presente a afirmação de que o erro de diagnóstico, em princípio não caracteriza culpa médica. Todavia, a jurisprudência tem decidido que o erro de diagnóstico, do qual advém tratamento inadequado advém perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

### B) Perda de uma chance e ausência de exames pré-operatórios

Sem dúvida, a ausência de determinados exames, anteriormente à intervenção cirúrgica, pode configurar culpa médica, motivo de condenação penal ou civil, quando existe indubitoso nexos causal entre o ato culposo e prejuízo sofrido (agravação do estado de saúde ou morte). A novidade reside no fato da jurisprudência civil, na França, condenar o médico, que negligencia tais exames, a reparar em parte o prejuízo, ainda que o nexos de causalidade entre omissão e o resultado danoso não possa ser identificado com absoluta certeza. A jurisprudência se fundamenta no fato de que o médico, ao não realizar tais exames, causou ao paciente a perda de uma chance de sobreviver.

### C) Perda de uma chance e ausência de anestesiológico qualificado

Igualmente no caso do cirurgião proceder à cirurgia, quando ausente o anestesiológico, a jurisprudência entende aplicável a teoria da perda de uma chance. Entre nós, tal ocorrência não é freqüente. A anesthesiologia constitui especialidade médica notavelmente bem organizada, com cursos freqüentes de atualização.

### D) Perda de uma chance e falta de cuidados médicos

É dever do médico e do cirurgião o acompanhamento do tratamento prescrito em todas as fases da intervenção. Esse dever de cuidado é obrigação do próprio médico ou de auxiliares qualificados. A deficiente prestação de assistência gera responsabilidade penal ou civil, desde que existente o nexos causal entre a culpa médica e o resultado danoso. A falta de cuidados faz com que o doente perca uma chance de cura ou sobrevivência, embora a causa da morte resulte ignorada ou não se possa provar o liame causal entre o agir culposo e o resultado.

A teoria da perda de uma chance é pacificamente aceita pela jurisprudência

Francesa.

Já no Brasil, aos poucos a teoria tem sido aplicada.

Conforme Miguel Kfoury Neto<sup>174</sup>

Em 1990 o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, então Desembargados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao relatar apelação cível, esclareceu que, na hipótese sob exame, o nexo causal resultava claro. Não se tratava, portanto, da aplicação da perda de uma chance, mencionada pelo apelante, em suas razões. Na motivação, o julgado esclarece fundamentos teóricos da perda de uma chance.

Em fevereiro de 1993, ainda o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo voto condutor do Desembargador Araken de Assis, ao julgar o procedimento de um médico que concedeu alta a paciente, atendendo a insistentes pedidos do enfermo, apesar de seu estado febril não recomendar a liberação - e, comunicado posteriormente de agravamento do quadro, prescreveu sem ver o doente - concluiu: O retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver. Também contribuiu a vítima à extensão do dano insistindo na alta. Ao motivar o julgado, asseverou o relator: “(...) Liberando o paciente e retardando seu reingresso na instituição hospitalar, o apelante fê-lo perder chance razoável de sobreviver, embora a virulência estatística da doença (...)”.

Paulatinamente o Brasil está aderindo ao novo instituto, entretanto ele deve ser manejado com cuidado, pois é frágil demais a idéia de perder uma chance.

Além disso, praticamente haveria uma responsabilidade de resultado a todos os profissionais médicos, e tal fato já foi demonstrado que é um retrocesso, ante ao fator álea inerente ao organismo humano.

### 3.7 EXCLUDENTES

As excludentes de responsabilidade civil geral, apresentadas no primeiro capítulo, são aplicadas também no que tange a responsabilidade do profissional médico. São elas caso fortuito/força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro.

Neste sentido diz Hildegard Taggesell Giotri<sup>175</sup> que “funcionariam como excludentes da responsabilidade médica a conduta culposa da vítima, o fato de terceiros –

<sup>174</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 12 e 113.

<sup>175</sup> GIOTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2002. p 69.



caracterizado pela ação dolosa ou culposa de outrem que não o médico -, o caso fortuito e a força maior, tais quais as anomalias imprevisíveis”.

Vale salientar que as excludentes de responsabilidade não são taxativas, ante a isso, alguns autores acrescentam outras excludentes.

Apenas a cláusula de não indenizar, não pode ser aplicada ao profissional médico, pois há expressa vedação legal no Código de Defesa do Consumidor (lei que regula a relação médico-paciente).

Art. 25 do referido diploma legal prevê “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”.

E o art. 51, também da lei 8.078/90, dispõe “consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

Logo, considera-se que, ressalvada a cláusula de não indenizar, todas as dirimentes de responsabilidade civil aplicam-se à responsabilidade médica.

### **3.8 SEGURO MÉDICO**

Segundo Irany Novah Moraes<sup>176</sup> “O seguro de responsabilidade civil do médico é a maneira de gerar receita para cobrir eventuais despesas decorrentes de um procedimento médico que venha a causar dano a um paciente”.

---

<sup>176</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed. Ver atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p 586.

O autor continua dizendo que “Teoricamente parece uma preocupação louvável, pois como errar é humano e o médico não pode fugir a tal condição, é de se esperar que haja a possibilidade de ele vir a errar e assim já ficaria garantida a cobertura de despesa para reparar o dano”.<sup>177</sup>

Conforme Miguel Kfoury Neto<sup>178</sup> “O Conselho Regional de Medicina de São Paulo, o Conselho Federal de Medicina e a Associação Médica Brasileira desaconselham a contratação deste seguro, por considerarem que tal medida estimula conflitos na relação médico-paciente e dificulta o exercício profissional”.

Este mesmo autor elenca as vantagens e as desvantagens do seguro de responsabilidade civil do médico

#### Desvantagens

- 1- Interfere negativamente na relação médico-paciente;
- 2- Estimula os procedimentos contra os médicos;
- 3- Eleva os custos dos serviços médicos;
- 4- Pode facilitar o erro médico;
- 5- Facilita a indústria das indenizações;
- 6- Fornece uma proteção aparente para o profissional;
- 7- Cria um cenário cativo para o médico;
- 8- Não cobre o dano moral.

#### Vantagens

- 1- Melhor modalidade de liquidação de dano;

---

<sup>177</sup> MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed. Ver atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p 586.

<sup>178</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 407 e 410.

- 2- Melhor condição de liberdade e segurança no trabalho;
- 3- Assegura o equilíbrio social e a ordem pública;
- 4- Melhor forma de justiça social;
- 5- Melhor forma de previdência propriamente dita;
- 6- Livra médico e paciente de processos penosos;
- 7- Evita explorações, ruínas, injustiças e iniquidades;
- 8- Independe da situação econômica do causador do dano;
- 9- Corrige o aviltamento patrimonial da vítima;
- 10- Contribui com o *superávit* do sistema em programas de prevenção ao dano;
- 11- Estimula a solidariedade social;
- 12- Tem falhas, mas tem o maior número de benefícios e vantagens;
- 13- Corrige o fato do paciente ser totalmente esquecido e o médico falsamente lembrado.<sup>179</sup>

Ao que parece, a disseminação do seguro de responsabilidade civil é algo inerente à modernidade do instituto, tendo em vista que a tendência é a incorporação da teoria da perda de uma chance e outras inovações que advirão neste sentido, as quais remeterão ao profissional médico uma obrigação quase que de resultado.

---

<sup>179</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 407 e 410.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde-se visualizar que o Brasil progrediu significativamente no que tange a responsabilização decorrente de dano, pois durante um longo tempo da história a responsabilidade civil não se diferenciava da penal, hoje elas caminham por ramos praticamente estanques.

Também, houve grande avanço no que tange a forma de ressarcimento. Antigamente o ofensor sofria a pena de Talião, ou seja, respondia pelo dano com a mutilação de seu próprio corpo, e hoje a pena não ultrapassa o patrimônio do ofensor.

É sacramentado, pelo ordenamento jurídico, que aquele que causar dano a outrem tem o dever de indenizar, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil.

Estas premissas são reforçadas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que regulamenta as relações de consumo, entre elas a dos profissionais liberais (relação médico-paciente).

Pacificou-se a responsabilidade subjetiva do médico, ou seja, a imprescindibilidade da comprovação da culpa além dos demais requisitos.

Entretanto, a modernização do instituto continua, principalmente advinda da importação de idéias Francesas, tais como a perda de uma chance, entre outras.

O Direito é dinâmico, busca se adequar as novas realidades sociais, e assim está sendo com o instituto da Responsabilidade Civil.

...

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista das Tribunais, 1993.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. rev. atual. São Paulo: FTD, 1996. p 703.

CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Método, 2005. p 320.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil**, 3ª ed., São Paulo: Forense, 1992.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. A medicina e os atos médicos: Em defesa do direito da população à assistência médica digna e de qualidade. 2003, p 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17 ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p ??.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V3. São Paulo: Saraiva, 2003. p 430.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2002. p 377.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p 940.

IDEC, Defesa do Consumidor. **O SUS pode ser seu melhor plano de saúde**. In: <http://www.idec.org.br>

www.hcnet.usp.br/informacoes\_uteis/direitos\_deveres\_paciente.htm. Acesso em 05/10/06.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 701.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 527.

LEITE, Gisele. **Culpa e dano: os mais complexos conceitos do direito civil**. In: [http://www.jusvi.com./doutrinas\\_e\\_pecas/ver/19710](http://www.jusvi.com./doutrinas_e_pecas/ver/19710). Acesso em 23 de julho de 2006.

MARMITT, Arnaldo. **Dano Moral**, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1999.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 732 p.

MOTTA, Sílvia. **Perda de chance no direito brasileiro: implicações jurídicas nas relações médicas**. Disponível em <http://www.com.br/biobio/artigos/perdadechancenodirbras.htm>. Acesso em 23 de julho de 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1990. p 374.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 450.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2005. p 143.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p 340.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. V 2. 3 ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 784.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2006. p 226.

SOUZA, Néri Tadeu de Câmara. **O Dano Estético na atividade do médico**. Publicado no cd-rom juris síntese, nº 29, Mai/Jun, de 2001, da Editora Síntese, Porto Alegre.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico**. Revista dos Tribunais. São Paulo, fev 1999, a. 88, v 760.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 v. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 323.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6 ed. V 2. São Paulo: Atlas, 2006. p 677.

## ANEXOS

### (TABELA DE ESPECIALIDADES E ÁREAS DE ATUAÇÃO RECONHECIDAS)

<b>Especialidades Reconhecidas</b>	<b>Duração</b>	<b>Áreas de Atuação Reconhecidas</b>
<b>I - ACESSO DIRETO</b>		
Acupuntura	anos	
Anestesiologia	anos	Dor
Cirurgia Geral	anos	Cirurgia do Trauma Cirurgia Videolaparoscópica
Cirurgia da Mão	anos	
Clínica Médica	anos	Hansenologia Medicina de Urgência
Dermatologia	anos	Cirurgia Dermatológica Cosmiatria Hansenologia
Genética Médica	anos	
Homeopatia	anos	
Infectologia	anos	Hansenologia Infectologia Hospitalar Infectologia Pediátrica
Medicina de Família e	anos	Hansenologia



Comunidade		
Medicina do Trabalho	anos	
Medicina do Tráfego	anos	
Medicina Esportiva	anos	
Medicina Física e Reabilitação	anos	Neurofisiologia Clínica
Medicina Legal	anos	
Medicina Nuclear	anos	Densitometria Óssea
Medicina Preventiva e Social	anos	Hansenologia
Neurocirurgia	anos	Cirurgia da Coluna Neurofisiologia Clínica Neurorradiologia
Neurologia	anos	Dor Hansenologia Neurofisiologia Clínica Neurologia Pediátrica Neurorradiologia
Obstetrícia e Ginecologia	anos	Densitometria Óssea Endoscopia Ginecológica Mamografia Medicina Fetal Reprodução Humana Sexologia Ultra-sonografia em GO
Oftalmologia	anos	
Ortopedia e Traumatologia	anos	Cirurgia da Coluna Densitometria Óssea

Otorrinolaringologia	anos	Cirurgia Crânio-Maxilo-Facial Foniatria
Patologia	anos	Citopatologia
Patologia Clínica/Medicina Laboratorial	anos	
Pediatria	anos	Alergia e Imunologia Pediátrica Cardiologia Pediátrica Endocrinologia Pediátrica Gastroenterologia Pediátrica Hematologia e Hemoterapia Pediátrica Infectologia Pediátrica Medicina do Adolescente Medicina Intensiva Pediátrica Nefrologia Pediátrica Neonatologia Neurofisiologia Clínica Neurologia Pediátrica Nutrição Parenteral e Enteral Nutrição Parenteral e Enteral Pediátrica Nutrologia Pediátrica Pneumologia Pediátrica Reumatologia Pediátrica
Psiquiatria	anos	Psicogeriatrics Psicoterapia Psiquiatria Infantil e da Adolescência Psiquiatria Forense
Radiologia e Diagnóstico por Imagem	anos	Angiorradiologia e Cirurgia Endovascular Densitometria Óssea Ecografia Vascular com Doppler Mamografia Neurorradiologia Radiologia Intervencionista e Angiorradiologia Ultra-sonografia em GO

Radioterapia	anos	
<b>II - COM PRÉ-REQUISITO</b>		
<b>Ila - EM CLÍNICA MÉDICA</b>		
Alergia e Imunologia	anos	Alergia e Imunologia Pediátrica
Angiologia	anos	Angiorradiologia e Cirurgia Endovascular Ecografia Vascular com Doppler Radiologia Intervencionista e Angiorradiologia
Cancerologia Clínica	anos	
Cardiologia	anos	Cardiologia Pediátrica Ecocardiografia Ecografia Vascular com Doppler Eletrofisiologia Clínica Invasiva Ergometria Hemodinâmica e Cardiologia Intervencionista
Endocrinologia	anos	Densitometria Óssea Endocrinologia Pediátrica
Endoscopia	anos	Endoscopia Digestiva Endoscopia Respiratória
Gastroenterologia	anos	Endoscopia Digestiva Gastroenterologia Pediátrica Hepatologia Nutrição Parenteral e Enteral
Geriatrics	anos	

Hematologia e Hemoterapia	anos	Hematologia e Hemoterapia Pediátrica
Nefrologia	anos	Nefrologia Pediátrica
Pneumologia	anos	Endoscopia Respiratória Pneumologia Pediátrica
Reumatologia	anos	Densitometria Óssea Reumatologia Pediátrica
<b>IIb - EM CIRURGIA GERAL</b>		
Cancerologia Cirúrgica	anos	
Cirurgia Cardiovascular	anos	
Cirurgia de Cabeça e Pescoço	anos	Cirurgia Crânio-Maxilo-Facial
Cirurgia do Aparelho Digestivo	anos	Cirurgia Videolaparoscópica Endoscopia Digestiva Nutrição Parenteral e Enteral
Cirurgia Pediátrica	anos	
Cirurgia Plástica	anos	Cirurgia Crânio-Maxilo-Facial Atendimento ao Queimado
Cirurgia Torácica	anos	Endoscopia Respiratória
Cirurgia Vascular	anos	Angiorradiologia e Cirurgia Endovascular Ecografia Vascular com Doppler Radiologia Intervencionista e Angiorradiologia
Coloproctologia		Cirurgia Videolaparoscópica

	anos	Endoscopia Digestiva
Urologia	anos	
<b>Ilc - EM OBSTETRÍCIA E GINECOLOGIA OU CIRURGIA GERAL</b>		
Mastologia	anos	Mamografia
<b>Ild - EM ANESTESIOLOGIA OU CLÍNICA MÉDICA OU CIRURGIA GERAL</b>		
Medicina Intensiva	anos	Medicina Intensiva Pediátrica Nutrição Parenteral e Enteral
<b>Ile - EM PEDIATRIA</b>		
Cancerologia Pediátrica	anos	
<b>IIf - EM CLÍNICA MÉDICA OU CIRURGIA GERAL</b>		
Nutrologia	anos	Nutrição Parenteral e Enteral Nutrição Parenteral e Enteral Pediátrica Nutrologia Pediátrica
<b>OPCIONAL EM QUALQUER PROGRAMA</b>		
		Administração em Saúde