



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MARIA DO SOCORRO AMARAL ROLIM

A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ERRO MÉDICO

SOUSA - PB
2006

MARIA DO SOCORRO AMARAL ROLIM

A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ERRO MÉDICO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA - PB
2006

MARIA DO SOCORRO AMARAL ROLIM

A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ERRO MÉDICO

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira (Orientador)

Prof. Ms. Joaquim Cavalcante de Alencar

Prof. Dr. Zélio Furtado da Silva

SOUSA
2006

À minha família, fonte de inesgotável afeto!
Ao meu esposo, Abdiel, companheiro de quase meio século de
existência.
Aos meus filhos, Tuerte, Geisa, Ieure, Ioran, Derance e Deluse –
minha base sólida de apoio e retaguarda afetiva!
Para eles, igualmente, divido o maior amor,
DEDICO.

Agradecimentos

A Deus, com o reconhecimento de sua infinita bondade.

Contei com as constantes presenças virtuais – dentro do meu coração – das pessoas importantes na minha vida que não residem comigo.

A todas as pessoas, presenças companheiras nessa empreitada, aos meus colegas de turma – amigos – o meu mais carinhoso reconhecimento, porque de alguma forma, deram a sua contribuição.

Foi difícil conciliar a tarefa acadêmica com a vida profissional, numa jornada que incluía sábados, conjugando com sabedoria adquirida na Universidade da Vida, a dureza dessa especialização numa autêntica realização concreta do pensamento de Che Guevara. “Hay que endurecerse pero sin perder la ternura jamás”.

Algumas pessoas merecem destaque: Eduardo Jorge Pereira de Oliveira meu orientador – por todo o trabalho e dedicação, e por ter me ensinado que o rigor acadêmico pode ser conjugado com calor humano, companheirismo e generosidade.

Ao prof. Joaquim Cavalcante de Alencar, profa. Tica e Da Guia, presenças incansáveis e grandes incentivadores.

Ao advogado Sílvio José Maciel, pela amizade e presença incentivadora, além da ajuda, digitando este trabalho.

Enfim, a todos que me apoiaram, muito obrigada! Em especial a Suelene Lopes, sempre presente no apoio sincero e carinhoso.

RESUMO

O estudante ou profissional de Direito ao estudar a responsabilidade civil do médico, deve dissecar a matéria relativa ao Direito das Obrigações. Aconselha-se a fazer uma pesquisa do universo social em que ocorre a relação jurídica do trinômio: médico, paciente e saúde. Assim procedendo, a autora do presente trabalho monográfico visa identificar possíveis fatores que predisõem ao Erro Médico, assim como sua possível profilaxia. Objetiva não resolver a questão do ERRO, uma vez que este é inerente ao ser humano, mas busca maior conscientização do problema, frente ao descrédito da sociedade em instituições do Estado, tão importantes para o convívio e manutenção da paz social. As implicações legais decorrentes das possíveis falhas médicas merecem destaque especial no estudo, haja vista o crescente número de processos judiciais a que os profissionais da saúde estão sendo submetidos. A presente monografia visa apresentar o enfoque de quem vivencia múltiplos papéis sociais: ora como profissional do Direito, Advogada, ora como prestadora de serviços à Saúde do Município de Cajazeiras, atualmente como Ouvidora da Saúde e como pesquisadora, já na fase final de elaboração do trabalho. Também há experiências pessoais, quando uma filha, grávida de 3 meses do primeiro filho, em pleno Recife, com descolamento de placenta, sangrando, foi submetida a uma curetagem sem prévia ultra-sonografia e dias depois sentindo que o feto estava vivo, confirmado através de novo exame radiográfico, veio a abortar em consequência do primeiro procedimento médico. Acompanhando os atendimentos médicos nos Postos de Saúde do Município, Unidades de Saúde da Família, à incursão pelos Hospitais e Clínicas Particulares, o presente trabalho é fruto de estudo de caso, em que foram aplicadas técnicas de entrevistas e questionários, com médicos e pacientes. Todavia, a principal ferramenta dessa produção foi uma extensa pesquisa bibliográfica, em que os autores, além de reconhecidos mestres no assunto estudado, entendem e ensinam a matéria, sendo, portanto, A Responsabilidade Civil e o Erro Médico um particular esforço de apreensão do saber.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 Conceito	11
1.2 Evolução Histórico-Sociológico da Responsabilidade Civil	13
1.3 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado	17
1.4 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro	20
1.4.1 Precusores da Responsabilidade Objetiva do Estado	22
1.4.2 A Responsabilidade do Estado na Constituição Federal – 1946 a 1988	23
1.5 As Teorias Doutrinárias da Responsabilidade Civil – Subjetiva	25
1.6 Dano – Conceito e Divisão	27
1.6.1 Dano Material	29
1.6.2 Dano Moral	30
1.7 Nexo de Causalidade entre o Dano e a Ação que o Produziu	31
1.7.1 Nexo de Causalidade na Omissão	33
1.7.2 Excludentes do Nexo Causal	34
1.8 A Responsabilidade Civil Atualmente	35
2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	37
2.1 Responsabilidade Contratual	37
2.2 Responsabilidade ExtraContratual	39
2.3 Fato Jurídico – Definição e Compreensão	39
2.4 Ato Jurídico	41
2.5 Ato Lícito – Conceito – Elementos Constitutivos – Exclusão da Ilicitude	41
2.5.1 Definição e Classificação de Culpa	44
2.6 Imputabilidade	48

3. SAÚDE X DIREITO	51
3.1 Conceito de Saúde	51
3.2 Medicina e sua Relação com a Ciência do Direito	52
3.3 Direito e Medicina – Inter-Relação	53
3.4 A Vida Humana como Valor Jurídico	55
3.5 A Dignidade da Pessoa Humana e a Saúde como um dos Direitos Sociais	56
3.6. O Médico e a Medicina	57
3.7 Da Responsabilidade Civil Médica	58
3.8 Visão Histórica da Responsabilidade Médica	61
. Roma	62
. Egito	64
. Grécia	65
. França	66
. Brasil	67
4 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	68
4.1 Apontamentos Iniciais	68
4.2 Obrigação de Meio	69
4.3 Cirurgia Estética – Obrigação de Resultado	70
4.4 Dano Estético e Culpa Médica	71
4.5 Omissão de Socorro Médico	74
4.6 Sigilo Médico	74
4.7 Da Indenização e Liquidação do Dano	75
4.8 Punições Administrativas	78
4.9 Exclusão da Responsabilidade Médica	81
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil conquistou inegável importância prática e teórica no Direito moderno. Pela sua vastidão, pode ser atinente a todos os ramos do Direito, e não apenas ao Direito Civil. Pela complexidade que engendra, além de árduo, não se encontra bem estruturado nem na legislação nem na seara doutrinária e jurisprudencial, erigindo-se, por isso, num desafio a todos os que pretendam escrever sobre este tema.

Outrora circunscrita ao campo dos interesses privados, a responsabilidade civil hoje se expande pelo direito público e privado, contratual e extracontratual, aéreo e terrestre, individual e coletivo, social e ambiental, nacional e internacional.

As exigências da vida moderna, as condições econômicas do desenvolvimento técnico – industrial fizeram com que a responsabilidade civil se tornasse o grande problema da atualidade. Prova disso é a vastíssima literatura jurídica sobre o inesgotável tema e a extraordinária frequência com que os tribunais são chamados a decidir conflitos de interesses nessa área.

Ademais, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95), houve significativa dinamização das relações jurídicas sob a égide desses dois diplomas legais, seja facultando ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII, do C.D.C.), seja facilitando o acesso da Justiça – sem a obrigatoriedade de advogado em alguns casos, art. 9º, caput e § 1º, da Lei nº 9099/95 – ou utilizando-se de um procedimento mais célere no julgamento das demandas (art. 2º, caput, Lei 9099/95) o que, inegavelmente, influenciou o surgimento de um novo perfil do cidadão: o cidadão consciente, que luta pelos seus direitos. Nesse contexto e,

com o enfoque cada vez mais ativo da mídia sobre as questões sociais, toma corpo um novo tema: o erro médico.

Para cumprir a função acadêmica, cujo objetivo é concluir a especialização em processo civil, o presente estudo pretende sintetizar o programa de responsabilidade civil nos seus vários desdobramentos e teorias e discutir a responsabilidade civil do médico.

No capítulo 1, o instituto da responsabilidade civil é qualificado dentro do direito, obrigacional, precedido da evolução histórica e sociológica, seguindo-se a análise de teorias doutrinárias, nexos de causalidade e excludentes do nexo causal.

No capítulo 2, estuda-se as divisões da responsabilidade civil contratual e extracontratual, bem como os elementos essenciais para sua configuração.

Uma reflexão sobre o conceito de saúde, a inter-relação entre medicina e direito, panoramas da realidade econômica devem constar da pauta de quem se debruça sobre o tema em análise. É esta a proposição do capítulo 3 – “A SAÚDE X DIREITO”.

O capítulo 4 – Da Responsabilidade Civil Médica – aborda a origem desta, num passeio histórico: Roma, Egito, Grécia e França.

O tema vem à baila numa época em que os chamados erros médicos passaram a causar maior preocupação a todos nós e a chegar com mais frequência aos pretórios judiciais.

Assuntos bastante complexos – Medicina, Saúde e Direito – e as relações mais comuns entre médico e paciente e os seus reflexos no campo da responsabilidade civil provocam apaixonadas e tendenciosas defesas das supostas vítimas do erro médico.

O professor Antonio Ferreira Couto Filho (1999, p. 03) no seu livro “A Improcedência no Suposto Erro Médico”, faz uma citação comparativa a respeito do assunto:

“Nos Estados Unidos da América, país em que se processa a todos por qualquer motivo, ainda que de caráter irrelevante e mesquinho, cerca de 9 milhões de pessoas ingressam anualmente com pedidos de indenizações e, em média, cada médico é acionado três vezes ao longo de sua carreira.”

Também no Brasil há uma crescente demanda de ações judiciais em que médicos são processados sob a alegação de erro no exercício da profissão. Aliás, pior do que isso, a última novidade não é nem processar, mas noticiar sem nenhuma responsabilidade e compromissos éticos e profissionais acusações feitas em tom peremptório por supostas vítimas de erro médico. A mídia é generosa nas manchetes e já denominou a classe médica como a Máfia de Branco.

Por outro lado, é óbvio que não se está a defender, incondicionalmente, o pólo ocupado pelo médico, com o que se cometeria, o mesmo equívoco dos que assumem a intransigente posição dos atingidos por infortúnios ligados à saúde.

A ousadia da pretensão final – demonstração sobre a procedência e improcedência no suposto erro médico – está sedimentada no amor à discussão e objetiva um ínfimo esclarecimento para a garantia da correta aplicação do direito; dotar as forças em conflito do necessário equilíbrio, sem o que não se pode conceber o caráter dialético que deve presidir a apuração de responsabilidades de quem quer que seja.

O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais! A questão a ser examinada exige a isenção de todos, uma vez que a destilação de ódio a categorias profissionais é uma atitude que favorece a desintegração do tecido social e o acirramento da litigiosidade nas relações interindividuais.

CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito

A palavra responsabilidade, segundo o vocabulário jurídico origina-se do vocábulo responsável, do verbo responder, do latim respondere, que tinha o significado de responsabilizar-se, vir garantir, assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou.

Conforme o Dicionário Escolar da Língua Portuguesa, (BUENO, Francisco da Silveira, 1986, p. 988) responsabilidade significa a qualidade do que é responsável: obrigação de responder pelos seus atos ou pelos de outrem.

O termo civil refere-se ao cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos a exigir e obrigações a cumprir.

Diante da etiologia das duas palavras acima, bem como, das tendências atuais a respeito da conceituação de responsabilidade civil, vejamos aquela ministrada pela professora Maria Helena Diniz (1996, p. 30):

“A responsabilidade civil é a aplicação de 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 ou a ela pertencente ou de simples imposição legal.”

Em sentido amplo, a responsabilidade civil decorre de uma ação ou omissão do agente que, agindo ou se omitindo, transgride em dever contratual, legal ou social.

Para Serpa Lopes apud Diniz (1990, p. 30) a responsabilidade é “a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de uma circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.

A responsabilidade civil é o instituto jurídico que tem por escopo a análise da obrigação de alguém reparar o dano que causou a outrem, com fundamento em normas de Direito Civil.

Para conceituar a responsabilidade civil Sérgio Cavalieri Filho (1998, p. 19) lembra a afirmação de San Thiago Dantas: “o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito”, ou seja, a ordem jurídica protege a atividade do homem que se comporta de acordo com as normas jurídicas, porém, vai reprimir a conduta daquele que age contrariamente ao Direito.

Os alicerces jurídicos em que se sustenta a responsabilidade civil, para efeito de determinar a reparação injustamente causada, são oriundos da velha máxima romana *neminem ladere* (não lesar a ninguém).

O uso da expressão responsabilidade civil ganhou o mundo, não só porque a diferencia da responsabilidade criminal, mas também em razão de ser apurada no juízo final. É, portanto, na esfera do Direito Civil, que se indaga, tramita, litiga e decide para que se exija a reparação civil, que vem a ser a sanção imposta ao agente ou responsável pelo dano.

Se o dever jurídico significa a conduta externa imposta a uma pessoa pelo Direito Positivo, por exigência da convivência social, decorre daí que no mesmo ordenamento jurídico, as leis que impõem deveres criam também obrigações.

A violação de um dever jurídico implica cometimento de um ato ilícito e, desde que acarrete dano para outrem, surge, como resultado da conduta ilícita, um novo dever jurídico, para o agente que causou o dano, consistente na obrigação de repará-lo.

A responsabilidade civil, até pelo significado etimológico da palavra responsabilidade, que, como já se viu, significa encargo, obrigação, contraprestação, faz surgir para o agente o dever de reparação do prejuízo causado pela violação de um outro dever jurídico preexistente.

Enfatize-se, portanto: só existe a responsabilidade civil quando houver a violação de um dever jurídico, somando ao dano, presente o vínculo fático unindo um ao outro.

Nesse passo, é necessário distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário. A responsabilidade é dever jurídico sucessivo, decorrente da violação do dever originário.

Aceitamos, pois, na íntegra, o conceito de responsabilidade civil expresso pelo Mestre Sérgio Cavalieri Filho (1998, p. 20): “Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Das lições dos mestres, concluímos que a responsabilidade civil é o fenômeno jurídico que nasce sempre que houver violação de um dever jurídico preexistente e que dessa violação resulte um dano a outrem.

1.2 Evolução Histórica Sociológica da Responsabilidade Civil

É princípio basilar de qualquer sociedade viver em harmonia, em plena paz. Mesmo as civilizações antigas, nos primórdios da humanidade, visavam, sem dúvida, a uma vida tranqüila, em paz, mesmo que para isso tivesse que lançar mão, da violência em comportamento aparentemente paradoxo.

Nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um dos seus componentes.

A evolução histórica trouxe a implantação de reação individual: a vingança contra o agressor. A ocorrência de um dano gerava, na vítima, uma idéia de vingança. São os tempos da justiça feita pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião. Vale dizer, a

reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”.

Nesta fase, para coibir abusos, o Poder Público passou a intervir, apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, de forma a produzir na pessoa do lesante, dano idêntico ao que tinha sofrido.

A prática, na realidade, acarretou resultados extremamente negativos, na medida em que propiciou o surgimento de outro dano, caracterizado pela produção de uma nova lesão, isto é, o dano suportado pelo agressor, após sua punição.

Segundo a professora Maria Helena Diniz (1996, p. 08) há na Lei das XII Tábuas – VII – Lei II – uma expressão que pode ser traduzida em português na seguinte forma: se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo.

Nessa norma legal, observam-se três pontos importantes:

- a) objetividade da reação – A retaliação independia de apuração da existência de culpa, autorizando o lesado a reagir contra causa aparente do dano;
- b) possibilidade do acordo entre lesante e lesado. A vingança ficou proibida em caso de acordo;
- c) a conveniência de reparo ficou ao critério da vítima. Cabia ao lesado decidir se lhe interessava, ou não, a reparação pelo agente causador do dano, sem discutir a configuração de culpa.

A partir da possibilidade de acordo, como fator de solução do litígio, na fase da retaliação individual, iniciou-se novo período na evolução do instituto, denominado de período da composição. Evidenciou-se, que, a composição do dano era mais conveniente à vítima do que a retaliação da ofensa.

Assim, fácil foi a evolução até a fase em que o dano passou a ser reparado através de uma prestação pecuniária indenizatória, observando-se nesse ponto dois critérios:

- a) decisão de autoridade pública, quando o delito fosse público, perpetrado contra direitos relativos a res publica;
- b) decisão do lesado, se o delito era privado, assim considerado quando a prática do ato atingisse interesses de particulares.

Num estágio mais avançado, o Estado toma as rédeas decisórias dos conflitos interpessoais. A vítima fica proibida de fazer justiça pelas próprias mãos, estabelecendo a obrigatoriedade da composição, a partir de uma indenização pecuniária. Durante esse período, cria-se uma espécie de tabela que estabelece o quantum equivalente a um membro amputado, a morte, etc.

No entanto, restou comprovado que a retaliação não reparava dano algum, pois causava duplo dano: o da vítima e o do seu ofensor.

No ano 572, depois da fundação de Roma, Lúcio Aquílio, tribuno do povo, propôs e obteve a aprovação e sanção de uma lei penal, conhecida como Lei Aquília, com dois objetivos:

- a) assegurar o castigo a pessoa que causasse um dano a outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes;
- b) punir o escravo que causasse algum dano ao cidadão, ou ao gado de outrem, fazendo-o reparar o mal causado.

Com o advento da Lex Aquília, solidificou-se a idéia da reparação pecuniária do dano, ao impor que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res.

Esboçava-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, isentando o agente de qualquer responsabilidade se não tivesse agido com culpa.

Atribuía-se o dano à conduta culposa do agente.

Nasceu nesse momento, pela força da Lex Aquília, (Maria Helena Diniz, 1996, p. 9) a base da responsabilidade extracontratual, criando-se uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com a prévia fixação de seu valor.

Aplicou-se, mais tarde, as sanções dessa lei aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa.

O Estado passou, assim, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando a vingança.

Essa composição existiu no Direito Romano com o caráter de pena privada e de reparação, visto que, para os romanos, não haveria distinção entre a responsabilidade civil e a penal.

A valorização era idêntica, resultando, como pena imposta ao causador do dano, uma única compensação pecuniária.

Com a estruturação da idéia de dolo e culpa stricto sensu, ocorrida na Idade Média, é que se evidenciam as distinções entre a responsabilidade civil e a penal.

O Direito francês – apontando como figura dominante o jurista francês Domat – aperfeiçoou as idéias românicas, estabelecendo-se certos princípios que exerceram sensível influência nos outros povos, tais como:

- a) direito à reparação, sempre que caracterizada a culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado);
- b) a existência de uma culpa contratual – relativa às pessoas que descumprem as obrigações, originada em imperícia, negligência e imprudência, sem qualquer conotação com o crime ou delito.

A existência de uma culpa contratual originada nos princípios erege a imposição de uma pena a quem descumprisse obrigações.

Assim, o Código de Napoleão introduziu a distinção entre culpa delitual e contratual.

A partir desse marco histórico, - a responsabilidade civil fundada na culpa - propagou-se nas legislações de todo o mundo, e a compreensão de que a existência da culpa é indispensável para gerar a obrigação de reparação do dano causado a outrem.

Conforme demonstrado anteriormente, a evolução do instituto da responsabilidade civil no âmbito do Direito, aplicou-se durante muito tempo aos particulares, enquanto o Poder Público, ficava isento de responder pelos atos praticados pelo Estado, como pessoa jurídica e prestadora de serviços públicos.

A responsabilidade civil do Estado, tal como está inserida no nosso ordenamento jurídico hoje, é precedida de longo e demorado percurso. Vejamos, então, a evolução desse instituto na órbita estatal.

1.3 A Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado.

A responsabilidade do Estado, também citada e conhecida como a responsabilidade da Administração Pública, atualmente está inserida nos casos de responsabilidade objetiva, onde não se indaga nem se investiga a existência de culpa.

Iniciou-se essa jornada, partindo-se dos tempos medievais, em que havia a absoluta irresponsabilidade do Poder Público.

No contexto político vigente naquela época, além de ser o Estado despótico e absolutista, havia a idéia de que uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada um entrave perigoso para a execução de seus serviços.

Na concepção do Estado absolutista, haviam consagradas expressões: *The King cannot do wrong* (O Rei não erra) - *L'état e'est moi* (O Estado sou eu), que configuravam nesse época, o preceito sob o qual se firmou a irresponsabilidade estatal.

Em face de tal afirmação, até pouco tempo, não se podia acionar o rei ou funcionários diretamente dependentes dele, com base na responsabilidade civil.

A evolução da idéia da responsabilidade do Estado se processou em três fases, nitidamente caracterizadas pelo regime político dominante em cada uma.

- a) fase da irresponsabilidade total do Estado, também chamada de irresponsabilidade Absoluta. Nesta fase, os administrados, as pessoas, tinham apenas o direito de ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema.

Segundo ensinamentos de Aguiar Dias (1995, p. 564) repetindo afirmações de Paul Duez, aponta, por exemplo, que já vigente a Constituição do ano VIII, os particulares não tinham direito a responsabilidade civil, ou seja, a imposição de reparação do dano pelo Estado. Só existia esse procedimento, perante os tribunais judiciários, nas questões fundadas na responsabilidade pecuniária pessoal dos agentes. A autorização para a demanda era manejada como processo governamental e freqüentemente, como hoje, o funcionário era insolúvel;

- b) fase civilística de fundo individualista, a que se filia ainda, de acordo com o pensamento predominante da maioria de nossos autores, o sistema brasileiro, até porque regula no Código Civil, a responsabilidade do Estado;
- c) fase do Direito Público – Neste ponto é onde se afirma a predominância do direito social, a que deu impulso e sistematização o notável do trabalho da jurisprudência do Conselho de Estado francês, cuja ação, na análise de Paul Duez apud Aguiar Dias (1995, p. 564) se pode se caracterizar, conforme duas proposições:

“1ª) A responsabilidade da administração se desenvolve, a título principal, no quadro jurídico da culpa para resultar em teoria autônoma da falta do “serviço público”.

“2ª) Secundariamente uma concepção original da responsabilidade fundada no risco se projeta ousada e sucessivamente em diversas direções”.

A absoluta irresponsabilidade do Poder Público, já mencionada, partia do antigo regime político absolutista dominante, qual seja, o Imperialismo. Neste sistema político a figura do Estado e a do Rei se confundiam numa só pessoa, sendo o MONARCA detentor de poderes absolutos sobre as pessoas.

Na Inglaterra, vigia o preceito do *the king can not do wrong*, que traduzido para o português, significa O REI não erra.

A irresponsabilidade absoluta do Poder Público Inglês vigia desde os tempos medievais aos modernos, de onde só desapareceu em decorrência do *Crown Proceedings Act* de 1947 (Wilson Melo da Silva, 1983, p. 221).

Nos Estados Unidos em virtude do *Federal Tort Claims Act* de 1946, com trânsito posterior pela dicotomia dos chamados atos de Império e atos de gestão a qual, segundo o Prof. Caio Mário apud Silva (1983, p. 222), teria implicado aquela brecha que se abriu na cidadela da Absoluta Irresponsabilidade Estatal, o Poder Público Americano desembarcou nos tempos modernos do risco, ou seja, há uma publicização da culpa, o que significa dizer: a culpa desgarrou do Direito Privado onde teimosamente insistia em permanecer e ganhou seus verdadeiros domínios.

Ainda sobre a evolução histórica da responsabilidade do Estado, partindo do princípio da irresponsabilidade que vigorou no Estado despótico e absolutista, Cavalieri, (1998, p. 157), reafirma que houve uma longa e lenta evolução até chegar-se à responsabilidade da administração pública atual, apontando como o grande responsável por essa evolução o Direito francês, através da construção pretoriana do Conselho de Estado.

Por labor pretoriano, ou por um esforço doutrinário, acabaram por transladar a responsabilidade civil do Estado, dos códigos, para os textos constitucionais, como aconteceu com vários países, inclusive no Brasil.

Voltando à consulta de DIAS (1995, p. 564), nos deparamos com sua afirmação: “A absoluta irresponsabilidade do Estado está, como já acentuamos, definitivamente proscrita como doutrina”. Porém, ao final de sentença tão excludente, contempla que há exceções que ainda hoje se apresentam. Tais exceções são explicadas por outros motivos, destacando como principal, o espírito de refinado civismo dos cidadãos da Inglaterra e dos Estados Unidos, o que não implica mera resistência político – doutrinária às doutrinas assentadas.

1.4 A Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado no Direito Brasileiro.

“No Brasil, não passamos pela fase da irresponsabilidade do Estado”, assim falou o mestre Cavalieri (1998, p. 163).

Embora inexistisse dispositivo legal específico, a idéia da responsabilidade da Administração Pública foi desde o início acatada como princípio geral e fundamental de Direito.

A Constituição do Império, (Cavalieri, 1998, p. 163) promulgada em 1824, estabelecia no seu art. 178, nº 29: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”.

A partir da Proclamação da República, foi elaborada, em 1891, a Constituição Republicana, mantendo em seu art. 79, idêntica disposição responsabilizando os funcionários públicos pelos abusos e omissões em que incorressem no exercício dos seus cargos.

Embora a Carta Magna mencionasse expressamente só a responsabilidade dos funcionários públicos, nunca se considerou que o texto legal excluía a responsabilidade do Estado, não se contemplando, portanto, apenas a responsabilidade pessoal do funcionário. Enfatize-se que se entendeu, desde o princípio, haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes.

Contemplava-se, entretanto, ser a responsabilidade fundada na culpa civil, sendo necessária ficar caracterizada a culpa. Havia que se provar que o funcionário agia culposamente. O Estado só era responsabilizado, pela reparação dos danos decorrentes de atos praticados por seu funcionário, no caso de ter sido provado ter o agente público agido com negligência, imprudência ou imperícia.

A partir de 1916, entrou em vigor o Código Civil, Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Foi este o primeiro dispositivo legal que especificou a responsabilidade civil do Estado, determinado.

Art. 15 – “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

Inicialmente a redação ambígua do citado artigo, gerou algumas controvérsias.

Cavaliere, (1998, p. 164), numa argumentação lógica, interpreta-o, não deixando dúvidas quanto à adoção da teoria da culpa pelo legislador no referido dispositivo.

Eis, na íntegra, sua explicação:

“Tanto é assim que fala em representantes, ainda ligados à idéia de que o funcionário representante do Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Ademais, as expressões procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei não teriam sentido se não referissem à culpa do funcionário”.

A melhor doutrina acabou firmando o entendimento de ter sido, nesse artigo, consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado.

1.4.1 Precusores da Responsabilidade Objetiva do Estado.

No Brasil, a partir de 1946, adotou-se no que concerne às entidades de direito público, a responsabilidade objetiva.

Há, todavia antecedentes históricos, que precisam ser mencionados.

Na França e em outros países europeus prevaleciam idéias que sustentavam a tese da responsabilidade objetiva do Estado, na qual, repetimos para melhor fixação, é a responsabilidade que independe de se provar a culpa do agente, bastando haver nexo de causalidade no evento e o dano sofrido por outrem.

Ainda em plena vigência da teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil estatal consagrada pelo nosso Código Civil, renomados autores, valendo-se da já citada ambigüidade da redação do art. 15, também integralmente transcrito na seção anterior, e das idéias francesas predominantes a respeito da responsabilidade da Administração Pública, começaram a sustentar a tese da responsabilidade objetiva do Estado.

Nessa época, merecem ser destacados os nomes de Rui Barbosa, Pedro Lessa, Amaro Cavalcante, que contaram com a adesão de outros juristas às suas idéias.

A seguir, em luminosos votos, proferidos no Supremo Tribunal Federal pelos Ministros Orozimbo Nonato e Filadelfo Azevedo, esboçou-se claramente o alcance do risco administrativo.

A jurisprudência – definida no Dicionário da Língua Portuguesa como: “... conjunto dos princípios de direito seguidos num país em certa matéria, numa determinada época”, “maneira especial de interpretar e aplicar as leis”, Bueno Francisco da Silveira (1986, p. 631) introduziu a responsabilidade objetiva do Estado no Direito Brasileiro.

Como uma das fontes de Direito, podemos afirmar que a responsabilidade objetiva do Estado, no Brasil, chegou primeiro à jurisprudência, tendo aí o seu nascedouro, transformando-se, posteriormente, em texto legal.

1.4.2 A Responsabilidade do Estado na Constituição Federal – de 1946 a 1988.

A Constituição Federal de 1946, em seu art. 194, acolheu expressamente a responsabilidade objetiva do Estado: “As pessoas jurídicas de direito público interno, são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

Não há menção à culpa do funcionário, como elemento determinante da responsabilidade do Estado.

No parágrafo único desse mesmo artigo, a culpa surgia apenas como fator determinante à propositura da ação regressiva do ente público contra o seu servidor.

No raciocínio do professor Cavalieri (1998, p. 164) se há apenas a exigência da prova de culpa e dolo para a proposição de ação regressiva do Estado contra o funcionário, é porque não se exige esses elementos subjetivos para a ação da vítima contra o Estado.

Importante fixar que até mesmo nas Constituições de 1967 e de 1969, que foram outorgadas pelo regime militar autoritário, a responsabilidade objetiva do Estado foi mantida, respectivamente nos Arts. 105 e 107, com o mesmo teor da Constituição Federal de 1946.

A partir da inserção no texto constitucional brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado chega a atual Carta Magna vigente, que é a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988, inserida no Capítulo VII – Da Administração Pública – Seção I – Disposições Gerais:

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

Parágrafo 6º - “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

É manifesta, portanto, a adoção da Teoria do Risco Administrativo, como fundamento, e não a Teoria do Risco Integral, uma vez que condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Judiciário ao dano decorrente de sua atividade administrativa, sempre que houver a relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano.

A Teoria do Risco Administrativo exclui a obrigação de reparar danos causados a alguém quando:

- a) o ato foi praticado à margem da função – o agente público não estava exercendo suas atividades, nem agindo em razão dela;
- b) quando não houver o nexos causal – inexistência do elo de ligação entre o ato praticado pelo servidor público, em pleno exercício de suas atividades e o dano ocorrido;
- c) nas causas excludentes – quando o dano decorrer de fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro.

Na Teoria do Risco Administrativo, portanto, os fatos praticados por pessoas que não são agentes do Estado, excluem o nexos causal.

A palavra “terceiros” constante da norma constitucional designa alguém estranho à Administração Pública; trata-se de uma pessoa sem nenhum vínculo jurídico preexistente com o Estado.

Daí resultar a não aplicação da norma constitucional às pessoas que já mantêm algum vínculo jurídico com o Poder Público.

Para os que possuem vínculos jurídicos com a Administração, esta poderá ser interpelada, sempre que houver o inadimplemento, isto é, o não cumprimento da obrigação pactuada, em contrato celebrado com o Estado, o qual se subordina às regras do Direito Público.

Esta responsabilidade estatal será apurada no âmbito da responsabilidade contratual, já que a pessoa que contrata com o Estado, é parte da relação jurídica – contratante ou contratado – jamais é terceiro.

Para entendimento da responsabilidade objetiva, contratual, extracontratual ou aquiliana, é imprescindível que se faça, de imediato, uma incursão, na nossa melhor doutrina, numa abordagem resumida das duas grandes teorias, ponto de maior controvérsia no plano da responsabilidade civil que consiste no modo de entender os seus fundamentos. O que deve preponderar? O princípio objetivo da causação ou subjetivo da culpa? O princípio decorrente pura e simplesmente da relação de causa e efeito, sem outra qualquer indagação ou a conservação do elemento tradicional da culpabilidade?

1.5 As Teorias Doutrinárias da Responsabilidade Civil – Subjetiva e Objetiva.

Como regra geral ou princípio informador de toda a teoria da responsabilidade civil, encontramos no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados a imposição, a quem causa dano a outrem, do dever de o reparar. Sem esse princípio geral de direito nas palavras de Silvio Rodrigues (1993, p. 13) “a vida social é quase inconcebível”.

No direito brasileiro há duas teorias que buscam explicar a responsabilidade civil: a teoria subjetiva – o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade civil. Originariamente, conforme já vimos no estudo da evolução do instituto, a responsabilidade civil independia da culpa. É um precedente histórico de que se prevalecem seus adversários. Serpa Lopes (1995, p. 168), responde a essa argumentação: “...esse objetivismo primitivo tinha por motivo uma dada situação político – sociológica por força da qual só se justificava a responsabilidade se desligada de qualquer elemento subjetivo com origem na culpa”.

O professor Serpa Lopes (1995, p. 168) aconselha deixar de lado essa desvaliosa origem histórica, e recomenda, preliminarmente, um estudo de culpa, para que possamos viver o problema em seu aspecto real.

O nosso Código Civil, em seu art. 186, filiou-se à teoria subjetiva ao exigir a culpa como fundamento para a obrigação de indenizar. O vocábulo culpa é empregado nesse tópico em sentido amplo, indicando não só a culpa em sentido estrito, mas também o dolo.

Na teoria subjetiva, a culpa há de ser provada ou em certos casos, presumida. Uma vez provada, dá ensejo a uma indenização, encontrando agasalho, especialmente, nos arts. 927 e 951 do Código Civil Brasileiro:

Art. 927 – “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Art. 951 – “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que no exercício de atividade profissional por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

Art. 948 – “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

Art. 949 – “No caso de lesão ou contra ofensa a 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”.

Art. 950 – “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou que se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente a importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

A segunda teoria é a objetiva, também denominada de responsabilidade objetiva, segundo Serpa Lopes (1995, p. 171) – Desdobra-se em duas modalidades:

1ª - A teoria do risco criado – Compreende a reparação de todos os fatos prejudiciais decorrentes de uma atividade exercida em proveito do causador do dano. Pelo

próprio fato de agir, o homem frui todas as vantagens de sua atividade, criando riscos de prejuízos para os outros, de que resulta o justo ônus dos encargos.

2ª - A teoria do risco proveito – Essa concepção já se encontra atualmente prevista no nosso Direito. Os que a ela se filiam, consideram nada haver de mais justo do que aquele que obtém o proveito de uma empresa, o patrão se onerar com a obrigação de indenizar o que forem vítimas de acidentes durante o trabalho.

Os objetivistas são contrários à noção de culpa, porque a consideram insuficiente para dar cobertura a todos os casos de dano e para atender ao princípio social da reparação do prejuízo em todas as circunstâncias em que ele venha a se produzir. Não encontrando estribo na noção de culpa, mas tão somente na existência da relação de causalidade entre o evento – conduta praticada – e o dano, decorre daí a obrigação de indenizar.

Na responsabilidade objetiva não há que se falar em culpa, pois o agente responde objetivamente pelo dano, bastando que haja o nexo causal. Esse ponto de ligação – causa e efeito – existe no âmbito de todas as teorias. É de extrema importância que passemos à análise perfunctória do tema dano, e em seguida ao estudo do ponto de relação de causalidade, causador de profundas polêmicas, no âmbito de todas as teorias da responsabilidade civil.

1.6 Dano – Conceito e Divisão.

Derivada do latim *damnum*, a palavra dano, genericamente utilizada, indica todo “mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração a seu patrimônio”. Silva, De Plácido, Vocabulário Jurídico – apud Carvalho, José Carlos Maldonado de. (1998, p. 28).

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, uma vez que inexistindo este, não poderá haver ação indenizatória sem a existência de um prejuízo. Na maioria dos autores consultados, encontramos uma afirmação, praticamente comum a todos, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar.

Cavaliere, (1998, p. 70), sintetiza a importância do dano para a existência do dever ressarcitório em que se fundamenta a responsabilidade civil:

“O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.

É da professora Maria Helena Diniz (1996, p. 70), a definição do dano, baseada no conceito de Lúcio Bove, para quem o termo dano revela, em si, dispêndio, perda, depauperamento. “O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Cavaliere (1998, p. 70) argumenta: “Na responsabilidade objetiva, (sem culpa), 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”.

Pode haver responsabilidade sem culpa, mas esta será afastada se inexistir o dano, porque sem ele não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Para facilitar o entendimento de que a existência do dano é fundamental para que haja a responsabilidade civil, repetimos o exemplo de Cavaliere (1998, p. 70).

“Se o motorista apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo: se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar”.

Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico tutelado, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão.

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual (baseada na culpa do agente causador do dano), verifica-se, então, que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crimes de mera conduta; será sempre um delito material com o resultado de dano. Sem dano pode haver a responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil.

Sendo o dano o prejuízo sofrido pela vítima, em decorrência da lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial (integrante do patrimônio econômico), como moral, a doutrina classifica e divide o dano em patrimonial (material) e moral. A seguir passamos a análise separada dessa conhecida divisão do dano, uma vez que é necessária, para melhor compreensão do assunto.

1.6.1 Dano Material

O dano patrimonial ou material é o que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, sendo estes o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciável em valor pecuniário. Porém, nem sempre, o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais. A violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas, o que para alguns autores configura o dano patrimonial indireto.

O dano material é susceptível de avaliação pecuniária e pode ser reparado: diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão; indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária.

Todavia, como o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como o futuro, caracterizado pelo impedimento de seu crescimento, ou provocação de sua redução, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

O dano emergente ou positivo importa em efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. Conforme o art. 952 do Código Civil é aquilo que efetivamente a vítima perdeu.

O lucro cessante é o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima. Trata-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como também da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. Exige-se cuidado na fixação e caracterização do lucro cessante, devendo ser aquele lucro esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.

1.6.2 Dano Moral.

O dano moral não afeta o patrimônio econômico do ofendido.

Atualmente entende-se que o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, havendo uma cobertura maior da tutela estatal a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética. O professor Cavalieri, (1998, p. 75), recomenda chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, por se tratar de lesão integrante da personalidade, algo como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima. Incluem-se também os novos direitos da personalidade: intimidade, imagem, bom nome, privacidade, a integridade da esfera íntima.

O dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária. Pode ser apenas compensado com a obrigação pecuniária imposta do causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

1.7 Nexo de Causalidade entre o Dano e a Ação que o Produziu.

A relação causal não encontra seu conceito nos pilares jurídicos, e sim, na própria natureza, pois advém do princípio universal e natural de causa e efeito.

O laço causal é, portanto, a ligação entre um fato ocorrido após a ocorrência de um primeiro que, se desaparecesse, faria também desaparecer aquele, isto é, o resultado. É, pois, o elo de ligação entre duas extremidades (conduta e resultado) que conduzem à responsabilidade, quer objetiva, quer subjetiva.

Oportuno aduzir que o vínculo de causalidade é elemento relevante e indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, seja baseada na culpa, seja a baseada no risco.

A responsabilidade objetiva se consubstancia independentemente de culpa, mas jamais sem o nexos causal. Na verdade, não poderia ser diferente, pois admitir a responsabilidade de um agente, acerca de certo resultado (dano) ocorrido, sem a constatação do vínculo de causalidade, vale dizer, sem inferir-se se àquela conduta está ligado o certo dano, é admitir a patente da injustiça social.

Quando o resultado tem origem num fato simples, a questão não apresenta dificuldade alguma, uma vez que fica evidente a ligação causal entre o fato ocorrido e o dano produzido.

No entanto, a questão torna-se complicada, quando ocorre a causalidade múltipla, isto é, quando o resultado decorre, ao menos aparentemente, de várias condutas, ou seja, inúmeras circunstâncias concorrem para a realização do dano, sendo certo que a dificuldade reside exatamente em precisar qual das concausas é a verdadeira e imediata provocadora do resultado.

Acerca da questão da causalidade múltipla, há diversas teorias que tentaram dar solução à problemática, como, por exemplo, as teorias do equilíbrio, da causa eficaz, da equivalência dos antecedentes, da causalidade adequada, dentre tantas outras.

Das teorias existentes – a maioria ultrapassada – destaque-se a da equivalência dos antecedentes e da causalidade adequada. A primeira defende a tese de que todas as circunstâncias ou condições que tenham ocorrido para o resultado se equivalem. Esta teoria também é conhecida pelo nome da equivalência das condições. Assim, não se questiona qual das circunstâncias, ou, em melhor dizer, das concausas, foi mais ou menos eficaz para a realização do evento danoso, concorrendo todas, portanto, de maneira equivalente para o resultado.

Já a teoria causalidade adequada apregoa que não há equivalência entre as condições que concorrem para o evento, sendo certo que será a causa aquela considerada decisiva para a produção do resultado.

A melhor doutrina esclarece não bastar que a condição ou fato tenha sido, em concreto, fator determinante do dano. Torna-se curial que o fato, em análise abstrata, seja potencialmente uma causa adequada àquele resultado.

Há a respeito importante observação feita por Filho e Souza (1999, p. 18):

“Essa discussão é de especial relevância para o campo da responsabilidade civil médica, onde há, não raro, ocorrências diversas, nas mais variadas atividades médicas, que por si só são capazes de causar um certo dano, independentemente do atuar médico; são as chamadas intercorrências médicas”.

Cavaliéri (1998, p. 52) afirma: “Os nossos melhores autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalente na órbita civil”.

Em sede de responsabilidade civil, não há de se falar em equivalência de condições, sendo que será a causa do resultado, dentre as tantas condições que existem apontando para a produção do dano, somente aquela que tiver interferência decisiva na produção do evento, sem esquecer, no entanto, que deve ser realizada a análise em abstrato, ou seja, se a condição determinante para a produção do evento danoso é adequada à sua produção.

Diniz (1996, p. 77) acrescenta que o nexos causal representa uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, esclarece a professora que não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. “Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência”.

O nexos de causalidade é um dos pressupostos da responsabilidade civil, que deverá ser comprovado pelo autor da demanda. Diniz (1996, p. 78) também diferencia o nexos causal da imputabilidade. Eis na íntegra a sua lição:

“Não há como confundir a imputabilidade com o nexos de causalidade. A imputabilidade diz respeito a elementos subjetivos e o nexos causal a elementos objetivos, consistentes na ação ou omissão do sujeito, atentatória do direito alheio, produzindo dano material ou moral”.

1.7.1 Nexos de Causalidade na Omissão.

A omissão é a falta de uma ação, de um fazer, é a ausência de um comportamento. Cavalieri (1998, p. 64), ao examinar o aspecto físico da omissão, sugere que um não fazer, um nada, não ensejaria nenhum resultado. Porém, se examinarmos a omissão pelo aspecto normativo, de que o Direito nos impõe, o dever de agir, a omissão pode ser causa para não impedir o resultado, sendo, portanto, o agente que se omite, cooperador na realização

do evento. Demonstrado o vínculo causal, a omissão adquire relevância na obrigação de indenizar, respondendo o agente pelo resultado da sua conduta negativa, ou porque deixou de se movimentar ou porque não impediu o resultado concreto.

Excluindo a obrigação do dever jurídico de agir, advindo da lei, do negócio jurídico ou da conduta anterior do omitente, a omissão não terá relevância causal nem consequência jurídica.

1.7.2 Excludentes do Nexo Causal.

A doutrina contempla três hipóteses: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior. Há quem fale em culpa exclusiva da vítima, mas a boa técnica recomenda falar em fato exclusivo da vítima, o qual exclui o próprio nexo causal em relação ao aparente causador do dano. Não se deve falar em ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade.

Já o fato de terceiro, inclui uma terceira pessoa além da vítima e do agente. Se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente a conduta do terceiro, será este o único responsável pelo prejuízo causado.

Por força maior ou por caso fortuito - nesta hipótese há sempre um acidente que produziu o resultado. Até hoje não existe um entendimento uniforme sobre a diferença entre caso fortuito e força maior. Fala-se nos dois casos, quando se trata de acontecimentos que escapam a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. Há ocorrência de um evento imprevisível, e por isso, inevitável. Se houver previsibilidade, porém, mesmo assim, o agente não conseguir evitar o prejuízo, por se tratar de fato superior às suas forças, como acontecem com os fatos da natureza, tempestades, enchentes, etc., estaremos diante da força maior.

Não há nenhum critério para diferenciá-los. Na observação de Cavalieri, (1998, p. 67): “O caso fortuito e a força maior excluem o nexó causal por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, imprevisível ou inevitável, ensejadora direta do evento”.

1.8 A Responsabilidade Civil Atualmente.

Com o advento da Revolução Industrial, caracterizada pela crescente tecnização dos tempos modernos, isto é, a introdução de máquinas na produção de bens em larga escala, e com o surgimento de veículos automotores, que proporcionam maior circulação de pessoas, aumentando os perigos à vida e à saúde humana, surgem novas teorias da responsabilidade civil, dentro de um processo de humanização, inclinadas sempre a oferecer maior proteção às vítimas, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes.

Sem abandonar a Teoria da Culpa, (que tem como elementos norteadores a imperícia, negligência ou imprudência do autor do dano), atualmente vem ganhando terreno a Teoria do Risco, que se baseia na idéia de que o exercício de atividade perigosa é fundamento da responsabilidade civil. Isto significa que a execução de atividade que ofereça perigo possui um risco, o qual deve ser assumido pelo agente.

A Teoria do Risco, hoje, representa uma objetivação da responsabilidade, porque parte das seguintes idéias:

1. todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana;
2. todo dano deve ter um responsável.

A noção do risco prescinde da prova de culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado.

Posteriormente, a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento, ou seja, a razão porque alguém deve ser obrigado a reparar um dano; baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, quando será objetiva, ou seja, contempla-se a indenização de danos mesmo sem a existência da culpa.

No direito brasileiro, o Código Civil estatui a Teoria do Risco, conforme o art. 927 e parágrafo único:

“Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Todavia, haverá a 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, grande risco para os direitos de outrem”.

A expansão da responsabilidade civil operou-se também no que diz respeito à sua extensão ou área de incidência, ou seja, aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil.

Atualmente o fundamento da responsabilidade civil continua sendo a culpa, porém, ao lado desta, constitui-se o risco da atividade também como fundamento da obrigação de indenizar.

CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

A responsabilidade civil pode decorrer tanto da violação de um dever legal como do descumprimento de um dever assumido. Daí decorre a bipartição, normalmente utilizada pelos doutrinadores em responsabilidade contratual e extracontratual, conforme a natureza da violação.

2.1 Responsabilidade Contratual.

Quando a violação de um dever tem como fonte uma relação jurídica obrigacional pré-existente, isto é, um dever oriundo de contrato, estamos diante da responsabilidade contratual. É consenso entre os civilistas que o simples descumprimento de uma avença importa na responsabilidade do agente que der causa ao inadimplemento, razão pela qual a responsabilidade decorrente se estabelece em campo definido e limitado.

O Professor Ricardo Pereira Leite apud Cavalieri (1998, p.26 e 27) ensina:

“O dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade. Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado de ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos”.

Esta distinção é de Cavalieri (1998, p. 27) a respeito da responsabilidade civil contratual e extracontratual: “Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.”

Os doutrinadores adeptos da teoria unitária, ou monista, criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importa os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os seus efeitos são uniformes. Entretanto, nos Códigos dos países em geral, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica. O art. 186 do nosso Código Civil regula a responsabilidade extracontratual enquanto o seu art. 389 estabelece a regra básica da responsabilidade contratual.

Diniz (1996, p. 164), nos brinda com um excelente quadro sinóptico a respeito do inadimplemento contratual, ensejador de responsabilidade por falta de cumprimento da obrigação livremente pactuada. O inadimplemento da obrigação consiste na falta da prestação devida ou no descumprimento, voluntário ou involuntário, do dever jurídico por parte do devedor.

A inexecução voluntária ocorre quando o obrigado deixa de cumprir, dolosa ou culposamente, a prestação devida, sem a dirimente do caso fortuito ou força maior.

Nos arts. 389 e 394 do nosso Código Civil contemplam-se os modos de inadimplemento voluntário: absoluto – se a obrigação não foi cumprida, total ou parcialmente, nem poderá sê-lo; relativo – se a obrigação não foi cumprida no tempo, lugar e forma devidos, porém poderá sê-lo com proveito para o credor, hipótese em que se terá a mora.

A responsabilidade do infrator, havendo liame obrigacional decorrente de contrato ou de declaração unilateral de vontade, será contratual, fundando-se na ocorrência da culpa em sentido amplo, que abrange o dolo e a culpa em sentido estrito. O nosso Código Civil não diferencia o transgressor que agiu por dolo do que agiu por culpa, apenas excepciona no art. 392, distinguindo entre inadimplemento doloso e culposo para definir a responsabilidade do inadimplemento. São pressupostos da responsabilidade contratual: obrigação violada, nexo de causalidade entre o fato ocorrido e o dano produzido; culpa e prejuízo ao credor.

2.2 Responsabilidade Extracontratual.

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever de reparar o dano pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado, quando ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa.

Antes de definirmos e classificar a culpa é necessário uma breve recapitulação sobre o posicionamento na teoria geral do Direito.

Aprendemos que o Direito estuda os fenômenos jurídicos, em seus traços formais, no empenho de criar, no plano abstrato da lei, um sistema de princípios hierarquizados, classificados e de relevante valor lógico. Constituindo a responsabilidade um fenômeno jurídico, torna-se relevante situá-la no esquema geral da ordem jurídica.

2.3 Fato Jurídico – Definição e Compreensão

O nosso Código Civil, depois de haver regulado o sujeito e o objeto do direito, passa a dispor sobre os fatos jurídicos, ou seja, os acontecimentos em virtude dos quais nascem, subsistem e se extinguem as relações jurídicas.

Washington de Barros Monteiro (1997, p. 170) escreveu que:

“Todos os direitos, seja qual for sua natureza, procedem de algum fato, positivo ou negativo, normal ou anormal, instantâneo ou de elaboração progressiva. Subsistem, através de seu exercício, ou da sua defesa. Extinguem-se, quando ocorre alguma circunstância, prevista em lei, capaz de acarretar-lhes o perecimento”.

Da lição citada, podemos afirmar que esses acontecimentos, de que decorrem o nascimento, a subsistência e a perda dos direitos, contemplados em lei, denominam-se fatos jurídicos (*latu sensu*).

Alguns fatos são de ordem natural, alheio à vontade humana, ou há apenas a concorrência dessa vontade de modo indireto, tais como o nascimento, a maioridade, a interdição e a morte, em relação à pessoa natural; o desabamento de um edifício, o abandono do álveo pelo rio, a aluvião e a avulsão em relação às coisas; o decurso do tempo, o caso fortuito e a força maior, em relação aos direitos em geral.

Existem fatos, tão freqüentes como os anteriores, que são as ações humanas. Entre estas, umas produzem efeitos jurídicos em consonância com a vontade do agente. São os atos jurídicos, como o casamento, o contrato, o testamento e a renúncia. Há outros acontecimentos que produzem também efeitos jurídicos, mas sem qualquer atenção àquele elemento interno (vontade) de ordem psíquica. Estes últimos são os atos ilícitos.

De acordo com o nosso ordenamento jurídico, o ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade. Para chegarmos ao exato lugar onde ele se situa no plano geral do Direito, temos que partir do fato jurídico, que, como do conhecimento comum, é todo acontecimento capaz de produzir conseqüências jurídicas, como o nascimento, a extinção e a modificação de um direito subjetivo.

Há inúmeros fatos sociais que não têm repercussão no mundo jurídico, razão pela qual deles não se ocupa o Direito. Tome-se, como exemplo, o fato de alguém dirigir um automóvel por uma determinada rua ou passear por uma praça. Porém, se nessa rua ou praça houver placas sinalizando a proibição de tráfego de veículos automotores, já teremos neste caso, um fato jurídico, porque o Direito lhe atribui conseqüências jurídicas.

Os fatos jurídicos podem ser classificados como:

- a) naturais – quando decorrem de eventos da própria Natureza, como o nascimento, a morte, a tempestade, etc.;
- b) voluntários – são os que têm origem em condutas humanas capazes de produzir efeitos jurídicos.

Por sua vez os fatos jurídicos voluntários se dividem em lícitos e ilícitos. O fato que é praticado em harmonia com a lei é o lícito; portanto, o fato que é praticado em desacordo com a lei, é o ato ilícito, uma vez que afronta o Direito, ou seja, é o ato violador do dever imposto pela norma jurídica.

2.4 Ato Jurídico

Os atos lícitos se dividem em atos de mera conduta e negócio jurídico, Os primeiros também são denominados de não – negocial, caracterizando-se pelo fato de produzir conseqüências jurídicas sem qualquer atenção à vontade – conduta voluntária sem o fim específico de produzir determinado efeito – enquanto que o negócio jurídico caracteriza-se por uma declaração de vontade destinada a criar direitos e obrigações.

Só se pode falar em negócio jurídico quando a conduta do homem se alia à vontade de produzir conseqüências jurídicas específicas, como o contrato, a renúncia, etc.

2.5 Ato Ilícito – Conceito – Elementos Constitutivos – Exclusão da Ilícitude.

O conceito de ato ilícito é relevante para o tema já mencionado, uma vez que, conforme já mencionados, é dele que exsurge a responsabilidade. Trata-se de uma conquista do Direito moderno, deriva à obra monumental dos pandecistas alemães do século XIX, que

criaram a parte geral do Direito Civil e, por conseguinte, deram-nos os fundamentos científicos de toda a teoria da responsabilidade hoje estudada.

Segundo Cavalieri (1998, p. 22), o Código Civil Alemão – BGB 1897 – foi o primeiro a abandonar a tradicional classificação romanistas de delito e quase delito e, no lugar dessa dicotomia, erigiu um conceito único – o conceito do ato ilícito.

O ato ilícito, tal como o lícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta voluntária, só que contrária à ordem jurídica.

Conforme o nosso Código Civil, o ato jurídico é um ato lícito, ato fundado em direito, enquanto o ato ilícito constitui delito, civil ou criminal, e, pois, violação à lei.

É de suma importância observar que, enquanto os atos jurídicos podem se restringir a meras declarações de vontade, como, por exemplo, prometer fazer ou contratar, o ato ilícito é sempre uma conduta voluntária. Se é ato, nunca o ato ilícito consistirá numa simples declaração de vontade. Importa dizer que ninguém pratica ato ilícito simplesmente porque promete a outrem causar-lhe prejuízo.

O ato ilícito é sempre uma conduta, ou seja, um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que o ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário.

O ato ilícito é um ato voluntário e consciente do ser humano que transgride um dever jurídico. O ato praticado sem consciência do que se está fazendo não pode constituir ato ilícito.

Há, todavia uma divisão do ato ilícito, conforme o campo de Direito a que pertença: O ato ilícito se divide em civil, penal e administrativo.

Porém, a responsabilidade civil tem por campo de incidências, ressalvadas eventuais exceções, o ato ilícito civil e penal. Seu elemento nuclear é o descumprimento de um dever jurídico por uma conduta voluntária do agente, ensejando para este, quando acarretar dano para outrem, o dever de responder pelas conseqüências jurídicas daí decorrentes.

Por fim há de se observar que a ilicitude reporta-se à conduta do agente, sendo indispensável para a caracterização da ilicitude, a existência de uma violação de um dever jurídico preexistente. A ilicitude não se reporta ao dano que dela provenha, que é o seu efeito, porque sendo lícita a conduta, em princípio não haverá o que indenizar, ainda que danosa a outrem. Há, é verdade, exceções excepcionalíssimas, que só confirmam a regra.

A principal conseqüência da prática do ato ilícito é a obrigação de indenizar – obrigação, esta, de natureza pessoal – pode-se adiantar que a responsabilidade é parte integrante do direito obrigacional. Por isso se diz que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, ao lado da lei, do contrato, e da declaração unilateral de vontade. Atentando, todavia, para a distinção existente entre obrigação e responsabilidade, seria mais correto dizer que o ato lícito é fonte das obrigações (dever originário), enquanto o ato ilícito é fonte da responsabilidade (obrigação sucessiva, conseqüente ao descobrimento da obrigação originária).

É mister ainda esclarecer, que o ilícito tem duplo fundamento: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Portanto, para a sua caracterização, é necessário que haja uma ação ou omissão do agente voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem; ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso. Assim, a ação contrária do direito, praticada sem que o

agente saiba que é ilícita, não é ato ilícito, embora seja antijurídica. Por exemplo: se alguém se apossa de um objeto pertencente a outrem acreditando que este objeto é seu: se A não paga a B, porque por equívoco, considera cancelada sua dívida. Dever-se-á, então, verificar se o agente é imputável, para efeitos de responsabilidade civil e se, em face da situação, podia ou devia ter agido de outra maneira. Fácil é denotar que a ilicitude e a culpa são conceitos distintos, embora em certo sentido complementares do comportamento do agente.

Enquanto a ilicitude considera a conduta do autor do dano, em sua objetividade, como negação de valores tutelados pela norma jurídica, a culpa atém-se aos aspectos individuais ou subjetivos daquele comportamento e às circunstâncias concretas que levaram à sua efetivação.

2.5.1 Definição e Classificação de Culpa.

Em nosso trabalho afastaremos desde logo o aspecto que implica responsabilidade penal, porque objeto específico do direito penal. Ocupar-nos-emos, tão somente, do delito civil, apto a induzir a responsabilidade civil. Na Parte Geral, esquematiza-se o Código Civil em dois únicos dispositivos os artigos 186 e 187; mas na Parte Especial, nos artigos 927 e seguintes, passa o legislador a prever, em minúcias, o respectivo ordenamento jurídico.

Dispõe o primeiro daqueles preceitos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Já o art. 927 dispõe no seu caput: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Em outras palavras, o direito à indenização surge sempre que prejuízo resulte da atuação do agente, voluntária ou não. Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, estamos diante do dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e direito propósito de o praticar.

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

O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigido à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência.

A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.

Se houver culpa, a obrigação de reparar o dano causado é a mesma, haja dolo ou culpa em sentido estrito. Todavia, há certas hipóteses, na responsabilidade contratual, em que só o dolo ou só a culpa originam o dever ressarcitório. Por exemplo, em matéria de acidente de trabalho, o patrão será responsável se o empregado agir com culpa, mas não se obrar com dolo.

René Savatier, apud Diniz (1996, p. 35), define a culpa como a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Pressupõe, portanto, um dever violado

(elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo). A imputabilidade abrange a possibilidade do agente, de conhecer e de observar o dever, pois para que alguém pratique ato ilícito e responda pela reparação do dano que causou será necessário que tenha capacidade de discernimento, de modo que aquele que não puder ter vontade própria ou for desprovido de entendimento não incorrerá em culpa, por ter inidoneidade para praticar ato ilícito. Para que haja dever de ressarcir prejuízo, será preciso que o fato gerador possa ser imputável ao seu autor, isto é, que seja oriundo de sua atividade consciente. Logo, para haver responsabilidade, será imprescindível a prática ou ocorrência de um ato dominável pela vontade do imputável.

De acordo com Diniz, Monteiro, Washington de Barros, apud Diniz (1996, p. 36), Washington de Barros disse que a culpa pode ser classificada:

a) Em função da natureza do dever violado.

Se tal dever se fundar num contrato (CC. art. 389), tem-se a culpa contratual, por exemplo, se o locatário que deve servir-se da coisa alugada para os usos convencionados não cumprir essa obrigação, e se originário de violação de preceito geral do direito, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual ou aquiliana (CC. art. 186), por exemplo, o proprietário de um automóvel que, imprudentemente, o empresta a um sobrinho menor, sem carteira de habilitação, que ocasiona um acidente. O exemplo é de Washington de Barros Monteiro, apud Diniz (1996, p. 36).

Quem pedir indenização pela culpa contratual não precisará prová-la, basta constituir o devedor em mora. Demonstrado o inadimplemento contratual, competirá ao devedor provar a inexistência de culpa, ocorrência de caso fortuito, força maior, ou de outra causa excludente de responsabilidade. Se, contudo, pretender indenização pela culpa aquiliana, será necessário prová-la, sem constituir o devedor em mora, uma vez que está em

mora de pleno direito o autor de um delito. Portanto, na culpa aquiliana, o ônus da prova caberá a vítima, por inexistir a presunção de culpa como ocorre na relação contratual;

b) Quanto à sua graduação.

No estudo da culpa distinguem-se outrora três graus: culpa lata ou grave, leve e levíssima. Culpa lata ou grave, é a falta com intenção dolosa, ou por negligência imprópria ao comum dos homens, segundo os ensinamentos de Monteiro, (1997, p. 282).

A culpa leve ocorrerá quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção ordinária, ou adoção de diligências próprias. Será levíssima, se a falta for evitável por uma atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular.

Para a maioria dos juristas a gravidade da culpa não exerce qualquer influência na reparação do dano, enquanto para outros se houver uma desproporção excessiva entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização;

c) Relativamente aos modos de sua apreciação.

Considerar-se-á in concreto a culpa quando, no caso sub judice, se além ao exame da imprudência ou negligência do agente, e in abstracto, quando, se faz uma análise comparativa da conduta do agente com a do homem médio, ou da pessoa normal. O homem normal cuida razoavelmente de sua pessoa e de suas coisas e respeita os interesses alheios. Assim, a doutrina, no campo extracontratual, vem aceitando a tese da medida da culpa in abstracto, entendendo que a cada indivíduo será lícito exigir que os demais sejam medianamente diligentes e prudentes, para que não esteja exposto ao risco de sofrer danos perfeitamente evitáveis;

d) Quanto ao conteúdo da conduta culposa.

Se o agente praticar um ato positivo (imprudência), sua culpa será in committendo ou in faciendo; se cometer uma abstenção (negligência) tem-se culpa in omittendo. Todavia, a omissão só poderá ser considerada causa jurídica do dano se houver

existência do dever de praticar o ato não cumprido e certeza ou grande probabilidade do fato omitido ter impedido a produção do evento danoso.

Há a culpa *in eligendo* quando advém da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação. O exemplo clássico é o do empregador que admite e mantém a seu serviço empregado não habilitado legalmente ou sem aptidões requeridas.

A culpa *in vigilando* é a decorrente da falta de atenção com o procedimento de outrem, cujo ato ilícito o responsável deve pagar. É a hipótese da empresa de transportes que permite a saída de ônibus sem freios, originando acidentes.

A culpa *in custodiendo* é a falta de cautela ou atenção em relação a uma pessoa, animal ou objeto, sob os cuidados do agente responsável. A lei, em certos casos, com o objetivo de facilitar a prova do ilícito, estabelece presunções *iuris tantum* de culpa, o que equivale a dizer, admite prova em contrário. O lesado exonerar-se-á do ônus da prova, que se transferirá ao lesante. Em regra, em nosso direito presumem-se, portanto culpados os representantes legais por seus representados; o patrão pelos danos causados por seus empregados; os donos ou detentores de animais pelos prejuízos causados por esses a terceiros; o proprietário do edifício ou construção pelos danos resultantes da ruína.

2.6 Imputabilidade

A imputabilidade é elemento constitutivo de culpa. Refere-se às condições da pessoa, no que diz respeito à consciência e vontade, daquele que praticou o ato lesivo, de modo que consiste na possibilidade de se fazer referir um ato a alguém porque procedeu de vontade livre. São imputáveis a uma pessoa todos os atos por ela praticados, livre e conscientemente. Para haver imputabilidade é essencial a capacidade de entendimento (ou discernimento) e de autodeterminação do agente.

Todavia, existem certas circunstâncias que constituem exceções à imputabilidade:

- a) Menoridade – só os menores de 16 anos, porque o art. 180 do Código Civil estatui que “o menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior”. Entretanto, seja o menor imputável ou não, o ato ilícito por ele praticado acarretará responsabilidade da pessoa (pais ou tutor) a quem incumbe sua vigilância (fundada na culpa in vigilando). Brasil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – art. 932 do Código Civil;
- b) Demência ou estado grave de desequilíbrio mental, acarretado pelo alcoolismo ou pelo uso de drogas, ou de debilidade mental, que o torne incapaz de controlar suas ações mentais. Nestas hipóteses, o agente portador de insanidade mental não responderá pelo prejuízo por ele causado. Responderá por culpa in vigilando a pessoa encarregada de sua guarda, que se provar que não houve negligência relativa ao seu dever de vigiar, poderá ser isento da responsabilidade, caso em que o lesado será privado da reparação civil. Todavia aqui também se comporta exceção. O incapaz responderá pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes. Nesta hipótese só não haverá indenização se ela privar do necessário o incapaz, ou as pessoas que dela dependem;
- c) Anuência da vítima – Ocorre quando por ato de vontade interna ou de simples escolha esta elege um de seus interesses em detrimento de outro. Se

alguém consente na lesão a seu próprio direito, não haverá ilicitude na conduta do lesante e o dano não será indenizável;

- d) Exercício normal de um direito – Não haverá imputabilidade, excluindo qualquer responsabilidade, pelo prejuízo, no caso de alguém praticar ato no exercício regular de um direito reconhecido. Só haverá imputabilidade se houver abuso de direito ou seu exercício irregular ou anormal;
- e) Legítima defesa – É tida como excludente de imputabilidade, de acordo com o Código Penal, art. 21. Se a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito, não acarretará o dever de indenizar. Não é relevante o seu estudo para a responsabilidade civil por erro médico;
- f) Estado de necessidade consiste na ofensa do direito alheio para remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo. Não se exige que o direito sacrificado seja inferior ao direito salvaguardado, nem mesmo se requer a absoluta ausência de outro meio menos prejudicial. Geralmente o perigo resulta de acontecimento fortuito, natural ou acidental, criado pelo próprio prejudicado ou terceiro. A ação é lícita mas nem sempre isenta o agente do dever de indenizar, a não ser que o dono da coisa destruída ou deteriorada seja o culpado da situação que gerou o estado de necessidade.

CAPÍTULO 3 A SAÚDE X DIREITO

3.1 O Conceito de Saúde

Durante a história da humanidade, muito já se escreveu a respeito da conceituação de saúde. Entretanto, o reconhecimento de que a saúde de uma população está relacionada às suas condições de vida e de que os comportamentos humanos podem constituir-se em ameaça à saúde do povo e, conseqüentemente, à segurança do Estado, presente já no começo do século XIX, fica claramente estabelecido ao término da Segunda Guerra Mundial.

A experiência de uma guerra apenas vinte anos após a anterior, provocada pelas mesmas causas que haviam originado a predecessora, e, especialmente, com capacidade de destruição, várias vezes multiplicada, forjou um consenso. Carente de recursos econômicos, destruída sua crença na forma de organização social, alijada de seus líderes, a sociedade que sobreviveu a 1945 sentiu a necessidade iniludível de promover um novo pacto, personificado na Organização das Nações Unidas – ONU. Esse organismo incentivou a criação de órgãos especiais destinados a promover a garantia de alguns direitos considerados essenciais aos homens.

A saúde passou a ser objeto da Organização Mundial de Saúde – OMS, que considerou sua proteção como primeiro princípio básico para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”. Dallari (1998, p. 205).

No preâmbulo de sua Constituição (Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Internacional da Saúde, realizada em New York de 19 a 22

de julho de 1946), é apresentado o conceito de saúde adotado: “Saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”.

Há o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno do homem com o ambiente (bem estar físico, mental e social), recuperando a experiência predominante na história da humanidade, de que são reflexos os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels, por exemplo.

O conceito firmado pela O.M.S. não teve fácil aceitação, ante a afirmação de que corresponde à definição de felicidade, que tal estado de completo bem estar é impossível de alcançar-se e que, além disso, não é operacional.

Muitos pesquisadores procuraram, então, enunciar de modo diferente o conceito de saúde. Porém, em todas as definições há evidências que, embora se reconheça sua difícil operacionalização, em qualquer enunciado do conceito de saúde não se ignora a necessidade do equilíbrio interno do homem e desse com o ambiente.

3.2 A Medicina e sua relação com a Ciência do Direito

Todas as atividades sociais aprovadas pela cultura dominante destinam-se à realização do bem-estar ou felicidade individual do ser humano. Por isso todas são importantes. Mas, naturalmente há uma hierarquia de valores no tecido social, com vistas à continuidade temporal e existencial da raça humana. Neste contexto, a Ciência Médica ganha relevo porque a vida com saúde é seu objetivo, ou seja, aquela que permite a usufruição equilibrada de todos os sentidos biológicos da vida físico-psíquica do ser humano. Não se trata de afirmação somente sociológica e histórica. Essa constatação faz parte de nossa Constituição Federal/88 como se vê nos artigos 196, 200, 225 e outros.

3.3 Direito e Medicina – inter-relação.

Na área de saúde, a inter-relação entre Medicina e Direito é intensa e indissolúvel. É impossível elaborar leis, para disciplinamento das questões de saúde, sem utilização de conceitos e dados técnicos fornecidos pela Ciência Médica. Essas informações são utilizadas tanto no Direito Público (Constitucional, Administrativo, Previdenciário, Penal, Internacional, etc.) como no Direito Privado (Civil, Comercial, Trabalhista, etc.).

Como regra geral, as normas do Direito Positivo são as mesmas para a solução de todos os conflitos de natureza civil. Entretanto, quando envolve a saúde do ser humano, sua hermenêutica deve ser especial, com vistas “ao fim social a que se destina” a norma e, mais que isso, com vistas ao prosseguimento da espécie humana com um todo. Daí o primado de que a saúde é interesse de todos. E o é porque cada pessoa humana é integrante indispensável da humanidade. Pelo ângulo coletivo, cada ser humano que nasce é um futuro colaborador ativo (sócio produtivo) e cada nascimento sem saúde é um fardo para todos. Cada doença individual pode ser um desastre para a coletividade, pelo perigo de propagação. Por fim, também há de ser especial a hermenêutica porque a Ciência Médica, não obstante o grau de evolução adquirido nos dias atuais, a rigor, ainda não conhece a vida e, por conseqüência, nem a morte.

Por tudo isso a Ciência do Direito, no seu mister de paz social, deve adotar parâmetros especiais para definição dos conceitos de certo e errado quando decide conflito individual de natureza material oriundo da atividade médica (*latu sensu*) em razão da singularidade desta.

De modo geral, Ciência Médica integra o Direito, via laudo pericial, para efeitos de definição de saúde ou ausência dela, para acesso a empregos públicos ou para

solução de conflitos privados, de definição de capacidade ou incapacidade civil para os efeitos de interdição, custódia, etc; de definição de incapacidade penal total ou parcial, para os efeitos de inimizabilidade; de definição de periculosidade para os efeitos de isolamento compulsório; de definição de dano pessoal, para os efeitos de indenização civil; de pesquisa genética para determinação de vínculo de família ou de participação em cena de crime; de identificação de elementos de prova judiciária para determinação de nexo causal na esfera civil e criminal; de identificação de contaminação ou poluição alimentar ou ambiental, para os efeitos de medidas administrativas de natureza pública; de punição ou de cassação de autorização ou funcionamento; de constatação de perigo coletivo ou difuso contra a saúde, para os efeitos de manejo de ação civil pública proibitória, cominatória ou indenizatória, etc..

Em sentido inverso, a Ciência do Direito (via legislação originária ou delegada) interfere na Ciência Médica para impor conduta profissional (dever de empenho); para imposição do dever de sigilo ou para sua quebra; para proibição ou deveres de agir profissional, a exemplo: omissão de socorro, transplantes, clonagem reprodutiva ou terapêutica, controle genético, etc; para obrigar plantão médico em casas de saúde; para limitar a liberdade de contratar; para impor ou limitar obrigações contratuais; para definir ou impor regras de conduta ética profissional e respectivas punições; para resguardar a vontade do paciente, pelo princípio da autonomia e, por outro lado, impor o dever de desrespeitá-la, em caso de perigo de vida, etc.

Na Medicina, o princípio da solidariedade pessoal se traduz pela obrigação de atualização técnica profissional permanente, de acordo com os avanços da Ciência Médica e, ainda, o dever de empenho satisfatório tecnicamente, ambos em benefício do paciente, sob pena de incorrer na responsabilidade pela perda de uma chance de cura.

3.4 A vida humana como valor jurídico

Para a consideração da vida como valor jurídico, parte-se da observação – embora sucinta – em que nos exames de documentos mais antigos, inclusive os mais remotos textos legislativos, mostram que se perde na origem dos tempos o reconhecimento de que os seres humanos são criaturas especiais, que nascem com certas peculiaridades, como necessidades básicas, de natureza material, sociológica e espiritual, que são as mesmas para todas as pessoas. Entre estas está a possibilidade de se desenvolver interiormente, de transformar a natureza e de estabelecer novas formas de convivência.

Com o avanço dos conhecimentos humanos, chegou-se à conclusão de que o ser humano é dotado de especial dignidade, bem como de que é imperativo que todos recebam proteção e apoio tanto para a satisfação de suas necessidades básicas como para o pleno uso e desenvolvimento de suas possibilidades físicas e intelectuais. A partir dessa constatação, foi sendo definido um conjunto de faculdades naturais necessitadas de apoio e estímulo social, que hoje se externam como direitos fundamentais da pessoa humana.

Convém observar que, durante séculos a proteção da vida como direito se deu por via reflexa. Não havia a declaração formal do direito à vida, mas era punido com severidade quem atentasse contra ela.

No Brasil, o direito à vida foi expresso na Constituição Federal de 1988, BRASIL – Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05.10.1988. Art. 5º, embora desde 1830 a legislação brasileira já previsse a punição por homicídio.

3.5 A dignidade da pessoa humana e a saúde como um dos direitos sociais.

Todo ser humano, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, idade, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou condição sócio-econômica, nascimento ou qualquer outra condição, tem direito a um padrão de vida que lhe assegure saúde e cuidados médicos. Entende-se por saúde não a ausência de doença, mas o resultante das adequadas condições de alimentação, habitação, saneamento, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviço de saúde.

O Capítulo I – Princípios Fundamentais do Código de Ética Médica – Resolução CFM 1.246/1988 dispõe a garantia pelo Estado dos direitos sociais fundamentais de cidadania, elencados no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988 e vigente até a presente data.

Sendo a cidadania e a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, três dos cinco fundamentos do Estado brasileiro (CF/88 – Art. 1º - incisos II, III e IV) a saúde de uma comunidade não pode ser considerada o resultado da atuação isolada de uma única profissão, mas sim das atividades multi-profissionais.

Podemos também afirmar que a medicina é a arte e ciência de curar ou atenuar as doenças! Porém, enquanto profissão, a medicina tem por fim a promoção, preservação e recuperação da saúde, e seu exercício é uma atividade eminentemente humanitária e social.

Os homens recorrem aos médicos para preservar sua saúde, já que estão sujeitos à dor e às enfermidades. Para eles o médico representa o ser humano investido da prerrogativa sobre-humana de amenizar a dor, mitigar o sofrimento e adiar a morte de seu

semelhante. A medicina por sua vez visa prevenir os males e a melhoria dos padrões de saúde e de vida da coletividade.

É missão do médico zelar pela saúde das pessoas e da coletividade, aliviar e atenuar o sofrimento de seus pacientes, mantendo o máximo de respeito pela vida humana, não usando seus conhecimentos contrariamente aos princípios humanitários.

3.6 O Médico e a Medicina

A competência profissional do médico caracteriza-se pela aptidão em realizar os atos com conhecimento, segurança e êxito. A cada dia o médico e o estudante de medicina defrontam-se com situações novas, as quais devem superar, valendo-se das experiências adquiridas desde então. Quanto mais cravada de êxitos tenham sido estas, maiores as possibilidades de acerto futuro, justificando assim a eterna necessidade de árduo e constante estudo e aprimoramento.

No curso de sua formação, o jovem aprendiz de Medicina – primeiro interno e depois residente – vai percorrendo degraus sucessivos do conhecimento até atingir uma qualificação que o torna apto ao exercício da profissão, ingressando assim no mercado de trabalho.

Dentre as inúmeras especialidades médicas, o cirurgião é o que mais freqüentemente é demandado nos litígios sobre erro médico, sendo este um fato de conhecimento secular anterior mesmo à oficialização do ensino da cirurgia, por Alfred Hunter, ocorrida no século XVIII, na Inglaterra (Junior, Sidney Zampieri, Erro Médico – Semiologia e Implicações [urinforma.com.br./ notas/0015.html](http://urinforma.com.br/notas/0015.html)).

O conjunto de condutas agrupadas no juramento de Hipócrates tem preservado no médico a aura e a necessidade de uma quase infabilidade no exercício do seu trabalho, e o

que passou a ser conhecido como sacerdócio médico tornou seu papel na sociedade com uma aura de impenetrável dedicação quase religiosa, carismática e de abnegação pelo próprio trabalho realizado, cedendo cuidados médicos, independente da possibilidade de remuneração por parte de quem os recebe.

Durante muito tempo a atuação do médico lhe conferiu um escudo de proteção profissional que, através dos tempos, abrigou-o das implicações relacionadas à qualidade do serviço prestado e à sua eventual falibilidade no exercício da sagrada missão de curar. Raramente o médico era exposto à execração pública ou levado a julgamento nos Tribunais penal e civil.

3.7 Da Responsabilidade Civil do Médico

O respeito à vida e à dignidade são valores transcendentais. O homem moderno tem demonstrado menos tolerância aos danos sofridos, exigindo a sua reparação e a busca da indenização devida, com isso surgindo a figura da Responsabilidade Civil Médica.

O Dr. Wanderby Lacerda Panasco ao introduzir o estudo da responsabilidade civil médica repete o enunciado das palavras do mestre Afrânio Peixoto (1984, p. 108): “O respeito que a sociedade deve à profissão médica só continuará justificado se, além de a sentir capaz, a souber responsável”.

A sociedade em geral abebera-se da emoção e, por consequência natural, posto que humana, possui uma predisposição refratária ao bom senso de condenar o médico, pelo simples fato de ouvir alguém dizer que foi vítima de erro médico. Lamentavelmente, numa seriação de fatos noticiados, muitas vezes com caráter sensacionalista, a imagem da classe médica encontra-se cada vez mais denegrada, não sendo crível que nada possa ser feito.

Uma constatação comum a qualquer grupo social é a afirmação de que há uma total inversão de valores em inúmeros segmentos da vida social. No entanto, cabe a cada um se conscientizar de seu papel na sociedade, exercendo com liberdade os seus direitos e cumprindo igualmente as obrigações que lhe são impostas, no âmbito final da obtenção da paz e justiça social.

É importante lembrar a célebre frase proferida por Cícero, na República Romana antiga “*summum jus, summa injuria*”, Antonio Ferreira Couto Filho & Alex Pereira Souza, (1999, p. 06), equivalente ao pensamento de que a intransigência na aplicação do direito pode levar às maiores injustiças.

O estudo do tema responsabilidade civil médica engloba as relações do paciente com o médico, em que o fundamento da prática da medicina conflita-se com a perspectiva de avanços exclusivamente no plano técnico.

O professor Dr. Gilberto Perez Cardoso – Professor Titular de Clínica Médica e Coordenador Geral da Pós Graduação em Medicina da Universidade Federal Fluminense (2000, p. 03) nos relata como nasceu essa relação:

“A origem da medicina se confunde com a clínica. A palavra clínica vem da raiz grega ‘clinos’, que significa leito. A clínica é a mais antiga especialidade médica tendo nascido à beira do leito do doente, como o nome sugere. Essa empatia, portanto, é secular, milenar...”

Todavia, não se pode ignorar a complexidade da relação jurídica estabelecida entre médicos e paciente, atualmente, quando se planeja a substituição do médico por computadores, sob alegação de ganho em eficiência na feitura de diagnóstico e proposição da terapêutica, como se não fosse possível a coexistência pacífica do médico e da máquina, em benefício do doente. É bom que se ressalte que exames e tecnologia estão sujeitos a erros, longe da pretensa infalibilidade com que são geralmente apresentadas. Por outro lado, reconhece-se que a tecnologia, o computador e os métodos complementares são excepcionais

conquistas da medicina moderna e têm grande valor para a prática da medicina atual, assim como as técnicas de gestão, quando usadas com justiça e humanidade.

Sobre as empresas de saúde como segmento da economia, e a pretensa relação de consumo, no campo da prática de medicina como atividade, o Dr. Gilberto Perez Cardoso (2000, pág. 03) faz as seguintes considerações:

“A medicina tem sido forçada a se organizar empresarialmente para viabilizar em muitos aspectos. Mas daí mudarmos a denominação de ‘paciente’ para ‘freguês’ vai grande distância: certos jargões do campo econômico e do marketing que vêm invadindo a medicina são chocantes e inaceitáveis na nossa atividade. É certo, portanto, que a adoção absoluta e generalizada dessa mentalidade anularia o que é verdadeiramente indispensável em medicina, traduzido em solidariedade, calor humano, empatia, fé e amor pelos doentes”.

Também se deve considerar que o doente encontra-se, quando tal, num estado de total insegurança frente ao desconhecido. É necessário admitir, num raciocínio bem salutar e justo, e que deveria ser automático para todos, que o doente pode ser um de nós ou um membro de nossa família, por exemplo. Sem o apoio e a presença do médico, quem o sustentará? A máquina? O computador? Os exames laboratoriais?

É difícil imaginar um doente que não precise da presença de um médico, e que nesta não estejam incluídos ingredientes de confiança, solidariedade, generosidade, dedicação e doação. A demonstração do crescente número de processos judiciais em face do erro médico indica que este profissional da saúde, por deficiência de formação, por pressa, por negligência e em função também do atendimento de massa, não dão atenção ao paciente, desvalorizando a relação médico – paciente, tornando-se, não raros, iatrogênicos, causando-lhe prejuízos.

Ao médico convém conhecer bem a sua responsabilidade legal, para bem desempenhar as suas nobilitantes funções no seio da comunidade.

“Na responsabilidade, tal como a entende a lei civil, não se trata de capacidade mais ou menos brilhante, mais ou menos sólida, senão somente da garantia contra a imprudência, a negligência e a ignorância crassa das coisas que se deviam necessariamente saber e praticar em sua profissão”.

É esta a lição do Dr. Wanderby Panasco (1984, p. 43), para ilustrar o entendimento de que os Tribunais estão ali para apreciar os fatos e não devem perder de vista estes princípios: para que um homem possa ser declarado responsável de um ato da sua profissão é necessário que haja uma falta em seus atos, isto é, que haja sido possível, com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos, garantir-se contra ela e o fato que se reprova de tal natureza que seja completamente inescusável tê-lo cometido.

As questões científicas são para debater entre os doutores que não podem ser examinadas pelos Tribunais. Porém, desde o momento em que os fatos reprovados aos médicos emergem daquela classe que por sua natureza estão exclusivamente reservados às dúvidas e discussões científicas, desde o momento em que eles praticam uma negligência, imprudência ou ignorância de coisas que se devem necessariamente saber, a responsabilidade do Direito comum existe e a competência da Justiça está aberta.

3.8 Visão Histórica da Responsabilidade Civil Médica

O homem no seu primeiro momento de racionalidade se utilizava dos meios necessários para apaziguar as doenças e a dor, já que estas nasceram juntamente com ele.

O médico na fase antiga era considerado um mago ou um sacerdote, que era dotado de poderes curativos sobrenaturais. Com o passar do tempo, a medicina se transformava em ciência. A partir daí cresceu também o rigor científico na avaliação dos erros profissionais.

As sanções previstas para casos de culpa relativa ao insucesso profissional dos médicos, vêm desde os primórdios. A responsabilidade médica surge, historicamente com as mais primitivas legislações. No Código de Hamurabi '2394 A.C', Panasco (1984, p. 36), já se referendam questões ligadas ao comportamento médico, nos artigos 218, 219 e 226,

imputando penas aos médicos ou cirurgiões que cometessem lesões corporais e matassem um homem livre ou um escravo. É este o primeiro documento que trata do problema do erro médico, trazendo normas a respeito da profissão médica, como remuneração do médico pelos serviços prestados ao paciente, conforme tratam alguns artigos adiante citados:

Art. 215 – “Se um médico fez uma incisão com lanceta de bronzes em um homem livre e o curou ou se abriu uma região superciliar em um homem livre e o curou ele tomará dez ciclos de prata”.

E. Bouzon, BOUZON, E – Hamurabi, Rei da Babilônia – O Código de Hamurabi, Introdução, Tradução e Comentários (1976, p. 91), comenta o art. 218:

“Se o médico não tiver sucesso em sua intervenção cirúrgica e o paciente morrer ou ficar cego e esse paciente for um ‘awilum’ neste caso será aplicada contra o órgão considerado culpado, a mão do médico, a pena de Talião. Esta era, sem dúvida, uma maneira drástica de evitar outras intervenções desastrosas desse médico”.

Como podemos ver esta lei impunha sanções ao médico quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má-prática. E para as operações difíceis tendo o médico alcançado bons êxitos teria uma compensação.

O elemento culpa inexistia e vigorava a responsabilidade objetiva. Tendo o paciente falecido logo após a cirurgia, o que entendia era que o médico o teria matado.

. Roma

Do Direito Romano recebemos os princípios genéricos, que mais tarde foram cristalizados nas legislações modernas.

Primeiro tinha lugar a vingança privada, posteriormente, passou para o domínio público, passando o poder público a intervir no sentido de permiti-la ou excluí-la, sendo esta injustificável.

Em seguida apareceu a composição voluntária, que ficava a critério da vítima, que recebia do agressor um resgate, sendo este uma soma em dinheiro ou objeto.

A seguir passa a existir a composição tarifada, que fixava o valor da pena a ser paga pelo ofensor, para cada caso concreto.

A Lex Aquília traz os primeiros rudimentos de responsabilidade médica. Previa a deportação e a pena de morte do médico culpado de falta profissional.

Com a Lex Aquília de damno, fixaram-se algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, como a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia, o abandono do doente. Tinham como conseqüência a obrigação de reparar o dano. No entanto se limitavam apenas ao prejuízo econômico, não considerando o dano moral.

Para aplicação dessa lei, era necessário, que o dano tivesse contrariado o direito, se houvesse ocorrido uma falta positiva (*in committendo*), ou deveria ser o dano causado por um contato direto do corpo do autor com o da vítima.

Era deferida a ação somente ao cidadão romano. Mais tarde a jurisprudência ampliou o seu alcance: objetiva amenizar a exigência do contato corporal. Admite-se, também, como responsável, aquele que tivesse provocado alguns eventos danosos e subjetivamente ao declarar responsável o peregrinus e se concedeu a ação ao usufrutuário, ao possuidor, etc.

Mesmo com uma altíssima estima que se tinha pelo médico, não havia obstáculo para lhe responsabilizar. Os serviços prestados pelos médicos não eram avaliados em dinheiro, considerando que somente eram dignos de honra. Num primeiro momento, portanto, admitia-se a responsabilidade médica, especialmente a que decorria de imperícia do profissional.

Inicialmente a Medicina em Roma era praticada por curandeiros e sacerdotes. Ocorria muito ciúme profissional e superstições, razão para o temor do povo à novidade representada pela ciência médica.

Na transição da Roma Republicana para a Roma Imperial a arte de curar passou a ser mais considerada, ocorrendo uma elevação cultural, jurídica e sanitária da medicina, que se elevou à dignidade de profissão, com isso organizando-se cursos e sendo codificado um sistema para proteção à saúde pública e higiene social. Teve início a especialização médica e tendo com isto surgido os primeiros clínicos gerais e oculistas.

. Egito

No Egito os médicos possuíam uma alta posição social. Eram eximidos dos tributos e geralmente auxiliados mediante fundos públicos. Devido à ostentação dos médicos, muitas vezes eram confundidos com sacerdotes, Panasco, (1984, p. 37).

Segundo alguns autores, os egípcios possuíam um livro que continha todas as regras do exercício da ciência médica, as quais deveriam ser respeitadas convenientemente, e cuja obediência era obrigatória para todos os médicos. Seguidas estas estariam isentos de qualquer interpelação judicial, mesmo que o paciente viesse a morrer. No caso contrário, eram responsabilizados os médicos, que no exercício profissional, tivessem desrespeitado o Livro Sagrado, sendo punidos com a morte, independente da natureza da doença que tivessem tratado.

O problema da saúde era objeto de interesse público e social, ainda que de forma limitada. Existiam normas de higiene da venda de carne para consumo, sepultamento de cadáveres, etc.

Tendo o médico obedecido ao Livro Sagrado, estaria imune de responsabilidade, como seria hoje, não responsabilizar o médico por ser ele detentor do seu grau acadêmico.

. Grécia

Na Grécia Antiga, século V a.C. é que vamos encontrar o primeiro verdadeiro estudo no campo da Medicina. Seria este o Corpus Hippocraticum, sendo uma construção filosófica aristotélica, que contém noções de uma medicina mais permeada de elementos racionais e científicos.

O princípio da culpa do médico vai se firmando, no sentido de que não se presume somente pelo fato de não ter ele obtido êxito no tratamento, mas deveria ser analisada a conduta seguida pelo profissional. Para os platônicos e aristotélicos, a responsabilidade do médico deveria ser avaliada por um perito na matéria e por um colegiado de médicos.

Chegou-se a admitir na Grécia a culpa médica se preenchida duas condições: a morte do paciente e a desobediência às prescrições da atividade sanitária. Também é na Grécia antiga que um médico, segundo Plutarco, PLUTARCO apud PANASCO (1984, p. 37), é crucificado porque foi ao teatro abandonando seu paciente e este por um desvio de regime veio a falecer, configurando, portanto, uma negligência médica.

Em grande número os médicos que atuavam em Roma eram gregos. Num primeiro momento a arte médica foi considerada indigna. Esta consideração derivava do mercado de trabalho ter atraído à Roma muitos gregos, que pouco entendiam de medicina. Em consequência dos insucessos, foram adotadas penas severas aos médicos malsucedidos.

As coisas começam a melhorar com o passar do tempo, com o surgimento das universidades (séc. XIII), e com isso os estudantes ao terminarem os estudos obtinham uma

lâurea, que representava um reconhecimento público da preparação e da capacidade profissional. No início de 1300 surgiram corporações de médicos que começaram a obter várias formas de proteções legais.

Mais tarde a medicina perdia continuamente seu caráter empírico do passado, para transformar-se em ciência pura. Segue-se uma avaliação racional do erro e da culpa profissionais, enquanto o Estado por sua vez prosseguia regulamentando a área da saúde, conferindo-lhe a natureza pública.

Hoje a medicina é considerada de interesse público e da coletividade.

. França

No início do século XIX, quase que desapareceu a responsabilidade jurídica. A Academia de Medicina de Paris, em 1829, proclamou a exclusiva responsabilidade moral dos profissionais da arte de curar. Esta decisão pretendia consagrar uma situação de imunidade: para responsabilizar o médico, seria necessário provar falta grave, imperícia, imprudência visível. O ônus da prova era do paciente.

O ressarcimento material do dano era questionável. As ações eram muitas vezes tomadas como pretensão às custas do profissional médico como de enriquecimento sem causa. Por motivo de vingança, para burlar muitas vezes a obrigação de pagar os honorários, e, incitamento dos profissionais do direito, eram motivos desumanos de molestar os profissionais médicos.

A jurisprudência francesa foi a pioneira das concepções que motivaram a responsabilidade médica como é examinada atualmente. Entre os franceses, hoje, é plena a reparabilidade do dano médico.

Na teoria francesa, há a afirmação de que o erro médico é não dar todas as chances de cura ou sobrevivência do doente. Perdendo o médico uma chance de alterar aquilo que se revelou danoso, deverá ele responder – conquanto de forma atenuada.

. Brasil

Em 1924, Souza Lima, LIMA, Souza apud PANASCO (1984, p. 45), afirmou:

“No Brasil a condescendência para com os médicos é quase ilimitada e acarreta o grande inconveniente de confirmar no espírito público o errôneo e pernicioso preconceito de que realmente a carta do médico lhe confere o privilégio da irresponsabilidade e da impunidade profissional, que tantos epigramas e sarcasmos têm valido”.

Alguns autores ao expor a opinião sobre a responsabilidade médica em nosso país não se afastam muito do que o mestre Souza Lima escreveu há tantos anos, opinião compartilhada pelo Dr. Wanderby, PANASCO (1984, p. 45). O fundamento receio é mais pela formação acadêmica das novas gerações desses profissionais, em face do esquema curricular deficitário, onde proliferam faculdades adaptadas a professores adaptados. O professor citado reconhece o valor da juventude, e a sua preocupação é dirigida às autoridades que têm sob sua responsabilidade a fiscalização do ensino médico, no sentido de se evitar a massificação, ou um ensino precário, para não se perder o prestígio e honorabilidade alcançados pela Medicina.

CAPÍTULO 4 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

4.1 Apontamentos Iniciais

Discutiu-se muito a natureza da responsabilidade médica porque o Código Civil Brasileiro colocou-a dentre a obrigação de indenizar no art. 951.

Entretanto, não há mais motivo para a discussão, quando se enfoca a natureza do vínculo existente entre médico e paciente. A responsabilidade médica, de regra é contratual, quando há convenção entre as partes, mesmo inexistindo convenção escrita.

Independente do critério de escolha adotado, o paciente ao eleger um profissional e o procurar, e o médico ao assistir o paciente, constitui-se entre ambos o vínculo contratual, assumindo o médico uma obrigação de meio. O significado dessa obrigação é que ele (médico) terá que agir, pois, a sua própria atividade é o objeto do contrato. Assim deve o profissional se esforçar para obter a cura da doença ou pelo menos minorar os seus efeitos sobre o organismo do paciente. Não implica essa obrigação em resultado, ou seja, o restabelecimento da saúde do paciente. Todavia, mesmo não tendo conseguido, deverá empregar todos os seus conhecimentos técnicos, e fazer tudo o que estava ao seu alcance.

A atual jurisprudência entende que a responsabilidade médica é de natureza contratual, contudo, não tem o resultado de presumir culpa, cabendo ao autor a prova desta. O médico deve agir de acordo com as regras e os métodos da profissão.

Existem muitas situações em que se configura a responsabilidade médica extracontratual: nos casos em que o médico opera sem estar habilitado para tal, sendo o caso de emergência, ou deixando o médico de atender ao paciente neste estado emergencial. Estes são alguns exemplos de responsabilidade médica extracontratual que podem ocorrer.

Há outros casos em que o exercício da medicina terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal, como a prática ilegal de aborto, por exemplo. Destes casos não nos ocuparemos, uma vez que a responsabilidade civil por erro médico só existirá quando ficar patente a negligência, imprudência ou imperícia.

4.2 Obrigação de Meio

O nascimento da relação jurídica contratual ocorre quando o médico atende a um chamado e assiste o doente. O contrato existente entre o médico e o seu paciente se apresenta como uma obrigação de meio. Esta obrigação não implica dever de curar, mas de prestar cuidados, conforme os progressos da medicina.

Há entre os doutrinadores uma divergência sobre a natureza desta relação, médico e paciente. Alguns afirmam ser um contrato de prestação de serviços, enquanto outros dizem ser um contrato *sui generis*, já que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, e acaba muitas vezes se colocando numa posição de conselheiro e protetor.

A obrigação do médico é proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos. Por mais competente que seja, não poderá se comprometer a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo da profissão. Se o tratamento realizado não produzir o efeito esperado, não se pode falar em inadimplemento contratual.

Cavaliere (1998, p. 273), nos ensina que a obrigação do médico é de meio e não de resultado, e que a responsabilidade médica não decorre apenas de um insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. O paciente e seus herdeiros poderão demonstrar que o resultado teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico, de acordo com o art. 951 do Código

Civil, ainda em perfeita consonância com o disposto no art. 14, § 4º do Código do Consumidor. (Brasil, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências).

4.3 Cirurgia estética – obrigação de resultado.

A cirurgia estética passou por várias fases até se firmar o entendimento de que se trata de uma especialidade médica lícita e normal, uma vez que foi reconhecido o direito que as pessoas têm de cuidar de sua aparência do mesmo modo que cuidam da saúde.

Existem casos em que se supõe a obrigação de resultado. Devemos começar por distinguir a cirurgia estética e a cirurgia corretiva. Na cirurgia estética o objetivo do paciente é melhorar sua aparência, corrigindo imperfeições. O médico neste caso assume uma obrigação de resultado, pois estará se comprometendo a proporcionar ao paciente o resultado pretendido, devendo alertá-lo se este não for possível.

A cirurgia corretiva tem por finalidade corrigir deformações física congênita ou traumática. Nela, o médico nem sempre pode garantir eliminar completamente o defeito, por mais competente que seja. A obrigação neste caso é de meio, pois, ele fará tudo para minorar-lhe o defeito, sendo às vezes necessário até mais de uma cirurgia.

Na doutrina brasileira há quem conteste possa o médico assumir a obrigação de resultado na cirurgia estética, alegando que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, já que estes correm os mesmos riscos, tendo em vista que em toda operação existe o risco ligado à reação do próprio organismo humano, além de infecção hospitalar, pele sensível, etc., sendo estas situações imprevisíveis e não poderá o médico responder já que ele aplicou corretamente suas técnicas, e já tendo obtido sucesso em vários pacientes.

No entanto, entendem que a obrigação de resultado importa apenas em inversão do ônus da prova, continua sendo a responsabilidade subjetiva, mas a culpa presumida. Se não for possível alcançar o resultado desejado com a cirurgia plástica, caberá ao médico provar o insucesso (total ou parcial) da cirurgia, devendo este a fatores imponderáveis.

Na prestação de resultado, a prestação do serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo profissional da medicina, porém, sendo negativo este resultado, ocorre presunção de culpa do profissional.

Aqui o que se quer é claro e preciso, porém, se não alcançado o resultado desejado caberá ao médico provar que o insucesso deve-se a fatores imponderáveis, provando com isso a sua não culpa para o resultado indesejado da cirurgia.

4.4 Dano Estético e Culpa Médica

O conceito de dano em linguagem jurídica ou científica inclui todos os prejuízos que o indivíduo, sujeito de direito, sofre em sua pessoa e bens jurídicos, como já visto anteriormente.

O dano estético do qual vamos tratar agora se caracteriza por uma lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém. O prejuízo estético deve ter por parâmetro a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era antes. Para que exista o dano estético é necessário que a lesão que enfocou determinada pessoa seja duradoura, caso contrário não estará configurado o dano estético propriamente dito, e caso ocorrendo lesão estética passageira, poderá ser solucionado em perdas e danos.

O dano estético e o dano moral representam uma ofensa a um direito de personalidade, aquele não representa um terceiro tipo de dano, mas é um aspecto deste último, já comentamos a respeito dele anteriormente.

Tendo o médico, culposamente, acarretado dano estético ao paciente, terá ele que repará-lo. Nos arts. 949 e 950 e parágrafo único do Código Civil está previsto o dano estético, que se configura quando sofre a vítima ofensa corpórea que lhe deixa deformidade permanente:

Art. 949 – “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”.

Art. 950 – “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se habilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

Parágrafo único: “O prejudicado se preferir poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

A título de dano estético se indeniza o vexame, a humilhação que decorre da deformidade física, a dor, e estes nada mais é que um aspecto do dano moral. O aleijão ou deformidade pode trazer à vítima dano patrimonial, decorrente da redução da sua capacidade laborativa, como ainda o dano moral. Nestes casos a doutrina, a jurisprudência e a lei têm admitido a cumulação do dano material e o dano estético, aspecto do dano moral.

É parte legítima para pleitear indenização a vítima da ofensa, da qual resultou o dano. Em se tratando do dano estético e moral não se deve falar em indenização propriamente dita e sim compensação de ordem material, que permitirá ao lesado obter confortos e distrações, que possa atenuar sua dor.

A medida para indenização decorre da extensão do dano. Mesmo sendo a culpa levíssima, estará o médico obrigado a indenizar, não se isentando por ser esta culpa pequena. Não é necessário a intenção, para caracterizar a culpa basta a voluntariedade da conduta, e esta deverá ser contrastante com as normas impostas.

Tendo os profissionais utilizado de todos os meios técnicos indicados e com os cuidados pré e pós-operatório, só caberá a indenização se houver prova irretorquível, não bastando a culpa, devendo evidenciar o nexos causal, que liga o dano à conduta do agente.

A culpa é uma conduta que é contrária ao dever de cuidado, que tem como consequência um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.

Será a culpa contratual se o dever de cuidado tiver por fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, este decorrente do contrato. Na culpa aquiliana o dever tem como causa geradora a lei ou um preceito geral de Direito.

Na responsabilidade contratual a culpa é presumida, de regra, invertendo o ônus da prova, e cabendo ao credor demonstrar apenas que a obrigação não foi cumprida, e o devedor caberá a ele provar a sua não culpa, ou excluindo-se da responsabilidade provando que ocorreu alguma causa excludente do nexos causal. É importante verificar o tipo de obrigação assumida no contrato. Sendo a obrigação de resultado e não sendo esta alcançada teremos a culpa presumida. Se a obrigação assumida no contrato for de meio, esta será fundada em culpa provada, cabendo à vítima o ônus da prova.

A prova da culpa nos casos de obrigação de meio exige a demonstração do erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada ou omissão na assistência e nos cuidados que os médicos devem ter para com os pacientes, exigindo para isso prova pericial, já que o Juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas.

O médico ao celebrar contrato de meio, cuja prestação não recai na garantia de curar o paciente, é mais o de prestar cuidado. A conduta profissional susceptível de enquadrar o dever de reparação só se pode definir unicamente, com base em prova pericial, que vai revelar o erro grosseiro, seja no diagnóstico como no tratamento, clínico ou cirúrgico, bem

como na negligência à assistência, na omissão ou abandono do paciente, caracterizando falta culposa no desempenho do ofício.

4.5 Omissão de Socorro Médico

Os casos de omissão médica são julgados em sede penal.

No Juízo Cível, é bastante o reconhecimento da culpa para gerar obrigação indenizatória, podendo ser diversa a decisão, uma vez que a responsabilidade civil independe da criminal. As situações decorrentes da omissão de socorro não interessam ao tema em análise, uma vez que estamos a tratar do erro médico e da sua conseqüente responsabilidade civil.

A omissão de socorro é crime comum a todos, não sendo próprio do médico, tendo todos o dever legal de prestar assistência à pessoa ferida. O art. 135 do Código Civil Brasileiro define a omissão de socorro:

Art. 135 – “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave ou eminente perigo; ou não pedir nesses casos o socorro da autoridade pública: Pena – detenção de um a seis meses ou multa”.

Parágrafo único – “A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada se resulta a morte”.

4.6 Sigilo Médico

O médico tem o dever ético e legal de guardar segredo sobre fatos de que tenha tomado conhecimento no exercício de sua atividade profissional. Ao violar este segredo poderá o profissional médico acarretar danos materiais e ofender o direito à intimidade, um dos sagrados direitos da personalidade.

Poderá o médico em situações especiais, quebrá-lo, quando encontrar-se diante de outro interesse relevante, como por exemplo a quebra de um segredo para salvar a vida do próprio paciente, notificar a doença infecto-contagiosa, apurar fato delituoso, realização de perícias médico-legais e outras requisições da Justiça. Porém, mesmo nestes casos, a revelação deve circunscrever ao limite do estritamente necessário.

O art. 102 do Código de Ética Médica (Brasil, Resolução CFM – Conselho Federal de Medicina – nº 1.246, de 08.01.1988), estabelecer: “É vedado ao médico. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente”.

O Código Penal, em seu art. 154, comina pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa, a quem violar segredo profissional.

A violação do segredo médico vai configurar o dever de indenizar quando, culposamente, o profissional revelar segredo que lhe fora confiado, causando dano ao paciente, e sendo provado o nexo de causalidade.

Existe uma diferença entre o sigilo hospitalar e o segredo médico, pelo fato de outras pessoas, médicos, enfermeiros, etc., tomarem conhecimento de informações que não devem ser transmitidas a estranhos. Devem ser preservados prontuários e arquivos médicos, ao conter informações sigilosas.

4.7 Da indenização e liquidação do dano

Nas ações que têm como fundamento reparar o dano por culpa do médico que causou dano, o autor vai pedir ao órgão jurisdicional que condene o causador, tendo este culpa por seus atos, a reparar a vítima de modo adequado. Este é o objetivo imediato, que consiste na condenação de uma prestação, já o pedido mediato, deve ser o pedido determinado quanto

a espécie e certo quanto aos limites quantitativos e de extensão, sendo o bem que o autor pretende conseguir por intermédio dessa providência.

Mesmo diante de pedido genérico, ao juiz incumbirá proferir, se possível sentença líquida. É importante identificar como causa petendi, pois, assim, vai demonstrar o fundamento de sua pretensão, que decorreu de um ato culposo do profissional da medicina.

Na ação de reparação de danos, no pólo ativo figurará a vítima, se o caso tiver como conseqüências lesões, ferimentos incapacitantes, deformidade e tendo por conseqüência a morte, terá legitimidade a ação, o herdeiro, o parente, ou aquele a quem a lei reconhece o direito de buscar a indenização.

A ação de reparação não tem caráter alimentar, nem hereditário, cabendo ao lesado ou a todas as pessoas prejudicadas por aquele dano, buscar a reparação do que agiu com culpa e produzir o resultado danoso.

Para o deferimento da indenização de ato ilícito, a relação de parentesco não é condição sine que non, tendo que, mesmo que o vínculo de filiação ou da paternidade não fica estabelecido, pode ser concedida a reparação.

Caso ocorra dano moral, pode a própria vítima reclamar, ou se resultar a morte terá legitimidade os lesados moralmente, podendo estes propor ação para reparação do dano.

Terá a legitimidade passiva aquele que resultar danos a outrem ou que solidariamente concorrer para que o ato lesivo aconteça, ou que por culpa presumida, ficará responsável a indenizar, por ato culposo de seus empregados ou preposto.

Pode o autor na inicial da ação de indenização, contemplar quantias exorbitantes, inteiramente despropositadas, podendo neste caso o juiz até ex officio reduzir tal valor. Deve ser o pedido certo, posto que a determinação do quantum sempre dependerá de arbitramento judicial. Ao falar em liquidar o dano significa dizer que consiste em determinar

o quantum, que ficará o causador responsável em desprender em prol do lesado. O montante final da condenação servirá como base de cálculo dos encargos do sucumbimento.

Não havendo por parte daquele que causou o dano o adimplemento espontâneo da obrigação, ficará o lesado com direito de recorrer à execução.

Resultando o erro do médico em morte do paciente, ficará o profissional médico responsável a indenização das despesas de tratamento que tenha tido o de cujos, seu funeral, luto da família, assim como nos alimentos a quem a vítima os devia, de acordo com o previsto no art. 948, incisos I e II do CC e art. 602 do CPC.

Em se tratando dos gastos com o funeral, deve-se levar em conta a situação social da própria vítima, para ditar os limites dos gastos pelo causador do dano. As despesas com funeral consistem nos gastos com o velório, féretro, transporte, aquisição de terreno em cemitério, etc, tudo tendo que ser necessariamente comprovado.

O luto, se refere a falta do ente querido no seio familiar e nos danos decorrentes desta privação do convívio.

Havendo lesão à saúde ou ferimentos, ficará o culpado responsável a indenizar o ofendido nas despesas de tratamento e lucros cessantes, até que finda a convalescença, sendo esta obrigação atualizada monetariamente, de acordo com a variação econômica.

O art. 950 do CC diz que, se do tratamento resultar inabilitação para o trabalho ou diminuição da capacidade laborativa, além das despesas de tratamento e lucros cessantes, terá o ofendido direito a uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se incapacitou.

Em caso de ter como consequência a morte por ato culposo do profissional médico, a reparação deve ter em vista mitigar a dor dos familiares, atenuar a sensação de vazio e desesperança e amenizar a abrupta frustração daquela expectativa risonha de se viver sempre ao lado daquele ente querido. O juiz deve considerar a situação sócio-econômico-

cultural da família e ao arbitrar a indenização por reparação de dano moral terá que levar em conta a intensidade do sofrimento do ofendido, a sua gravidade, a intensidade do grau de culpa ou dolo do responsável etc.

Conforme determina o art. 953 do CC, o dano moral deverá ser arbitrado pelo juiz, cabendo a ele estipular um valor certo ao dano sofrido, levando em conta as conseqüências que gerou ao ofendido.

Para estipulação da pensão alimentícia, admite-se que, dos rendimentos auferidos pelo chefe de família, um terço é consumido por suas próprias despesas, sendo a pensão mensal de dois terços da renda comprovada da vítima, na data do evento. Sendo a vítima assalariada, vai computar o 13º salário, que pode ser dividido em 12 parcelas, acrescentando o duodécimo à remuneração mensal.

O direito dos pensionistas cessa pela morte, quando a viúva contrai novas núpcias ou passa a viver em concubinato. Existem decisões que quanto aos filhos será devido o pensionamento até que concluam seus estudos universitários e quanto às filhas até que contraiam matrimônio. A jurisprudência impõe o limite ao pensionamento, com base em cálculos do tempo de vida média do brasileiro, que é de 65 anos, sendo este o termo final da reparação, sendo devido desde a data do evento.

4.8 Punições administrativas

Poderá o médico ser apenado pelo órgão de classe, independentemente dos eventuais delitos penais aplicados pela Justiça Comum. O médico ficará sujeito a certas penas, como dispõe o art. 22 da Lei 3268/57 e o art. 17 do Regulamento do Conselho Federal de Medicina, sendo elas: advertência confidencial, em aviso reservado; censura pública, em

publicação oficial; suspensão do exercício profissional por até 30 dias; cassação do exercício profissional.

A primeira fase do processo administrativo tem início com a sindicância, que vai averiguar os fatos denunciados, podendo ser instalada de ofício pelo Conselho Regional, mediante o conhecimento do ato praticado pelo médico, como por denúncia escrita, que deverá ser formulada por qualquer interessado. Feita a sindicância e coletados todos os elementos suficientes ao conhecimento da existência da conduta anti-ética, ficará o Conselho de Medicina responsável pelo arquivamento ou pela instauração do processo ético. Sendo o processo instaurado, o médico acusado será notificado para se defender em 30 dias. O julgamento será feito pelo Conselho Regional, após a instrução processual, tendo a participação do acusado e o desenvolvimento de sua defesa. Não sendo unânime a decisão, caberá recurso para o conselho pleno regional, e desta decisão, caberá recurso para o Conselho Federal. A segunda fase ocorre, se procedente em tese os fatos, e esta etapa será de instrução e julgamento.

Aquele que sofreu um dano ocasionado por erro médico terá o direito de processá-lo em 05 anos, e não o fazendo neste lapso de tempo prescreve o seu direito de reivindicar. Também prescreve em 5 anos a execução da pena imposta, a contar da decisão, após o julgamento. Ficando o processo paralisado por 03 anos, pendente de despacho ou julgamento, será arquivado de ofício ou a requerimento do interessado. Havendo a condenação, mesmo sendo esta pelo Conselho Federal, compete ao Conselho Regional aplicar a pena imposta.

Se o acusado após a condenação, apresentar novos fatos ou novas provas, poderá pedir revisão do processo, não havendo com isso agravamento da pena imposta.

O processo administrativo desenvolve-se de acordo com as regras estabelecidas no Código de Processo Ético – Profissional. Este processo diferencia-se do processo que corre

na Justiça Comum, já que sendo administrativo o acusado não precisa ser representado ou assistido por advogado, caso responda pessoalmente. Recomenda-se este profissional para melhor esclarecimento da questão, sendo facultativa a opção, diferente da Justiça Comum em que é indispensável a presença do advogado, tanto nas questões cíveis como nas criminais.

Poderá ocorrer ser o médico inocentado pelo órgão de classe e não ser inocentado na Justiça Comum (Criminal ou Cível). Poderá também, responder em ambas e ser condenado em uma delas ou nas duas.

Sendo o médico condenado pelo órgão de classe, poderá ele requerer reapreciação pela Justiça Comum e esta poderá desfazer a condenação feita pelo órgão de classe, isto com base no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República de 1988.

Ocorrendo a punição administrativa, não importa necessariamente, ação civil de reparação patrimonial e nem envolvimento em processo criminal. Não significa, também que ocorrendo a absolvição administrativa, ficará isento da ação civil para reparação patrimonial e o processo criminal. Apenas havendo dano físico ou moral no paciente é que irá se instalar a ação de reparação patrimonial.

Quanto ao processo criminal só terá início se a conduta adotada tipificar crime ou delito previsto. Em sede penal não há presunção. A conduta do médico deverá se enquadrar de modo perfeito ao tipo descrito. É importante lembrar que a condenação criminal importará reparação civil. Na ação civil, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no juízo cível, o que significa dizer que não mais se indagará dos fatos, discutindo-se apenas o nexo de causalidade, o dano advindo com a conduta criminosa e a indenização. Esta ação é conhecida como a ação civil ex delicto. Todavia é bom reiterar que a responsabilidade civil, penal e administrativa do médico é independente e apuradas em Juízos distintos.

4.9 Exclusão da Responsabilidade Médica

Os estabelecimentos hospitalares são prestadores de serviços, porém, existe uma parte da doutrina que não enquadra esta entidade no art. 14, caput, do Código do Consumidor, com fundamento que não é possível responsabilizá-los pelos enormes riscos que os serviços ali prestados representam.

Mesmo em face dos enormes riscos de certos tipos de cirurgias e tratamentos, o hospital só responderá quando o evento decorrer de defeito do serviço, com isso podemos concluir que não existe incompatibilidade entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade estabelecida no Código de Consumidor, sendo em ambas indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e a responsabilidade.

Não há que se falar em responsabilidade do hospital, quando não for possível apontar defeito no serviço prestado. Para que o prestador de serviços afaste a sua responsabilidade, será necessário que o hospital ou médico prove que o evento não decorreu de defeito do serviço, mas sim das condições próprias do paciente ou de fato da natureza, não podendo prever assim o resultado.

CONCLUSÃO

O Dr. Irany Novah Moraes (1991, p. 36) inicia seu livro *Erro Médico* com a transcrição do pensamento de Ernst Mach: “Um erro claramente reconhecido é, a título de corretivo, tão precioso para a ciência quanto a verdade”.

A medicina aponta exemplo de erros que levaram a descobertas importantes. Nas universidades, o jovem aprendiz de medicina debruça-se sobre o cadáver de um ser humano e aprende com a morte, a tratar e preservar a vida. É hábito, nos hospitais, haver reuniões com debatedores convidados, para a apresentação de casos difíceis, cuja necropsia revela resultados diferentes dos que seriam previsíveis em função do raciocínio clínico habitual.

No estudo da medicina exercita-se o raciocínio utilizando-se casos difíceis, verdadeiras armadilhas que a natureza prepara, que caracterizam a iatrogenia, que vem a ser o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados.

Porém não é desse Erro Médico, que a responsabilidade civil se ocupa. O erro escusável, não gera a responsabilidade em qualquer das suas vertentes: civil, penal e administrativa.

A história da medicina nos relata casos de negligência, que resultaram em bem para a humanidade: Fleming cometeu um erro de técnica e, sem querer, descobriu a penicilina. A descoberta do melhor medicamento usado hoje para tratamento do alcoolismo nasceu da ingestão, por parte de dois suecos de um medicamento que lhes provocou mal estar no dia seguinte a uma reunião social em que haviam ingerido bebidas alcoólicas.

Além dos casos de erro crasso, negligência, imprudência e imperícia, cumpre citar os casos de procedimentos obsoletos que a observação mostrou ser prejudicial. O

exemplo que ilustra essa situação é do Professor Alípio Correa Neto, único cirurgião brasileiro que tinha autorização para operar soldados americanos, cujas normas técnicas adotadas pelo Exército Americano recomendavam pulverizar sulfa na cavidade abdominal toda vez que ela fosse aberta cirurgicamente ou não. Hoje tal prática é proscrita. O médico que hoje procedesse daquela forma estaria sujeito a ser incurso em imperícia.

Tal exemplo mostra que a ciência médica se processa num quadro veloz de transformações do conhecimento. O profissional da saúde deve se manter atualizado, um eterno estudante!

Nesse ponto, é necessário assimilar as diferenças entre as ciências jurídicas e a ciências médicas.

No Direito prevalece a ideologia lógico – formal e na medicina a científico natural. O fato jurídico é gerado, modificado ou revogado a partir da convenção social; o fato médico tem sua existência natural determinada pelas leis biológicas e não oferece possibilidade de modificação parcial ou total a partir do contrato social.

A relação médico e paciente é iniciada a partir da doença deste. Embora a saúde não signifique apenas a ausência de doença, mas o bem estar físico e psíquico da pessoa, é de constatação corrente que, no Brasil, na maioria das vezes, só se procura o médico quando a saúde há muito se acha ameaçada. Essa situação cria no paciente uma angústia e ansiedade. Se obtiver êxito no tratamento prescrito, o médico é endeusado. Caso contrário passa a ser odiado. É uma relação personalíssima. O médico não tem poderes divinos de cura. A recuperação do paciente é inerente a capacidade do seu próprio organismo, que detém grau maior ou menor de recuperação, sem falar das fatalidades, acontecimento involuntários, porém possíveis de acontecer.

Toda a argumentação do presente trabalho não explica, nem tem a intenção de justificar erro algum. Porém, serve para demonstrar: primeiro, que o acerto de hoje pode ser

tido como erro amanhã; segundo, o que foi considerado erro deve ser analisado sob o ponto de vista científico uma vez que a ciência que faz ver o erro ensina também a corrigi-lo a tempo ou a encontrar uma nova forma de tratamento. É ainda ela, ciência, que mostra o erro para que se aprenda a evitá-lo.

Na relação jurídica estabelecida pelos agentes envolvidos – médico – paciente – familiares – não se leva em conta apenas a capacidade profissional, mas a confiança mútua de todas as partes. Uma reflexão séria não deve pretender erradicar o erro, pois seria negar a imperfeição do ser humano, mas apontar fatores capazes de melhorar o entendimento do tema de fundamental importância para a sociedade.

O tema desperta acirradas paixões! De um lado há a racionalidade que aponta fatores que leva o médico a cometer erro. Na outra extremidade, o medo que se instaura na constatação de que, qualquer um de nós, pode ser a próxima vítima desse profissional. No meio da discussão, num clima de total insegurança, está o paciente, que também pode ser um de nós, ou um membro de nossa família. Sem o apoio e a presença de um médico, quem o sustentará? É difícil imaginar um doente que não precise da presença de um médico, e que nesta não estejam incluídos ingredientes de confiança, solidariedade, generosidade e doação.

Existem bons e maus médicos! Não se pode é generalizar e estigmatizar a categoria. É necessário separar o joio do trigo, numa acurada investigação dos fatos. Evite-se a condenação sumária e execração pública do médico, pois é certo que em cada profissão existem em seu seio, homens dos quais ela se orgulha e outros dos quais ela renega.

Por todo o exposto, o tema a responsabilidade civil e o erro médico, envolvem aspectos objetivos e subjetivos que nem sempre correspondem a realidade dos fatos, devendo ser estudado no caso concreto, porque cada caso é um caso único!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLOISE, Walter. *Responsabilidade civil e o dano médico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BOUZON, E. Hamurabi. *Rei da Babilônia – O código de Hamurabi* (Introdução, tradução e comentários). Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1976.
- BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário Escolar de Língua Portuguesa*. 11 ed. Rio de Janeiro: FAE 9Fundação de Assistência ao Estudante, 1986.
- CARDOSO, Gilberto Perez. *Editoria da Revista Conduta Médica*. nº 03, janeiro, fevereiro e março de 2000.
- CARVALHO, José Carlos Madonaldo. *Responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Destaque 1998.
- COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. VOLNEI, Garrafa. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. rev. at. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FILHO, Antonio Ferreira Couto & SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 1999.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FRANÇA, Genival Veloso de & GOMES, Júlio Cezar Meireles. *Erro médico*. Montes Claros. MG: Unimontes, 1999.
- GALDERA, Christian. *Direitos do paciente*. Rio de Janeiro: Record, 1991.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- MACH, Ernst apud MORAES, Irany Novaes. *Erro médico*. 2 ed. amp. Maltese, 1991.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NETO, Jerônimo Romanelo. *Erro médico*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.
- NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade civil do médico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PANASCO, Wanderley Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 198.....

RODRIGUES, Sílvio. Curso de direito civil. *Responsabilidade civil*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Vol. 02, apud CARVALHO, José Carlos Maldonado. *De responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro. Destaque, 1998.

SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

BRASIL. *Código civil brasileiro*. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. *Código de ética médica* – CFM - Resolução 1.246, 1998, 6 ed. Brasília, 2001.

BRASIL. *Código de processo ético profissional* – CFM – Resolução 1.617, 2001, 6 ed. Brasília, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa* (1988).