UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ELIANA DE CASTRO E SOUZA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB A ÓTICA DO DIREITO.

JUIZ DE FORA

2009

ELIANA DE CASTRO E SOUZA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB A ÓTICA DO DIREITO .

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito ao Curso de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Responsabilidade Civil

Francisco de Assis Belgo

JUIZ DE FORA

2009

Souza, Eliana de Castro. 1962

A Responsabilidade Civil do Médico sob a ótica do Direito. /Eliana de Castro e Souza. – Juiz de Fora/MG ,2009.
56 f.

Orientador: Francisco de Assis Belgo

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, 2009,

1. Direito Civil (Responsabilidade Civil)
I- A Responsabilidade Civil do Médico sob a Ótica do Direito.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Eliana de Castro e Souza

Aluno

A responsabilidade civil do Médico sob a ótica do Direito.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Francisco de Assis Belgo

Luciana Maciel Braga

Laura Aparecida Vieira

Aprovada em 08 / 12 / 2009.

O presente trabalho é dedicado à comunidade acadêmica da Universidade Presidente Antônio Carlos que, dia após dia, labora para a construção de uma instituição educacional antenada à contemporaneidade e à qualidade.

A presente pesquisa é dedicada aos professores da Universidade Presidente Antônio Carlos, que com nanja pedagogia tornaram simples o complexo ensino do Direito favorecendo o meu desenvolvimento acadêmico de modo que citar nomes seria desastroso, posto que injustiças poderiam ser cometidas, inobstante é inescusável deixar de citar o Professor Francisco de Assis Belgo que de forma ímpar colaborou para a elaboração deste estudo

Não aceitar nada como verdadeiro sem antes saber evidentemente que o é.

Descartes

RESUMO

Este trabalho tem por escopo realizar uma avaliação acerca da Responsabilidade Civil do Médico no Direito. Esta modalidade de responsabilidade nas relações de consumo possui peculiaridades que lha diferencia da tradicional responsabilidade objetiva que regra grande parte das relações consumeristas.

Nesse sentido, essa pesquisa analisa o instituto da responsabilidade civil sob ângulos histórico, contemporâneo, objetivo e subjetivo, permitindo o aclaramento acerca das nuances que circundam o instituto sobre a forma de como o médico é responsabilizado.

Outrossim, correlaciona o entendimento teórico com o prático, permitindo, portanto, melhor contextualização do conceito de responsabilidade civil.

Diante do exposto, ao se analisar o instituto na casuística torna-se límpido o emprego prático da ciência, tanto ativamente quanto passivamente.

Palavras-chave: Responsabilidade. Médico. Relação. Consumo.

ABSTRACT

This work scope is to carry out a needs assessment on the Liability of the Medical Law. This type of liability in consumer lha has peculiarities that differentiates it from traditional strict liability rule that most relations consumerist.

In this sense, this research analyzes the institution of civil liability under angles historical, contemporary, objective and subjective, allowing for clarification about the nuances surrounding the Institute on how the medicine is responsible.

Moreover, theoretical understanding correlates with the practice, thereby making better contextualization of the concept of liability.

Given the above, when analyzing the institute in the sample becomes limpido employment practice of science, both actively and passively.

Keywords: Responsibility. Doctor. Relation. Consumption

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 CONSIDERAÇÕES APRIORÍSTICAS 13
1.1 EVOLUÇÃO SÓCIO-JURÍDICA 13
1.2 RELATOS SOBRE CONSUMO 19

2 RESPONSABILIDADE CIVIL 22
2.1 CONCEITO DE ATO ILÍCITO 22
2.2 CONCEITO DE DANO 24
2.2.1 DANO PATRIMONIAL 25
2.2.2 DANO MORAL 28
2.3 CONCEITO DE NEXO DE CAUSALIDADE 36

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 37
3.1 ÉTICA DO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE 42

4 CARACTERIZACÃO DA CULPA MÉDICA 45

5 CASUÍSTICAS PRETORIANAS 48

CONCLUSÃO 54

BIBLIOGRAFIA 56

INTRODUÇÃO

Iniciamos esta obra informando que o instituto da responsabilidade civil teve seu início na Babilônia há, aproximadamente, mil e setecentos anos antes de Cristo. Todavia, a espécie subjetiva iniciou com o advento da *Lex Aquilia* do Direito Romano.

A Lei Aquiliana previa a responsabilização do agente causador do ato lesivo, ainda que sua culpa tenha sido de natureza levíssima, vez que pretendia, de forma tirânica, dissuadir a ofensa a direito alheio, semelhante a que no futuro o filósofo Russo Pavlov desenvolveu, o reflexo condicionado.

Apesar de o enfoque desse trabalho ser a caracterização da responsabilidade sob a lente do estamento pátrio, é imperativo abordar o berço romano, visto que no Brasil pré-codificado, o direito romano fora adotado subsidiariamente às Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsina.

Em seqüência, há a abordagem da Teoria do Risco, prefaciada na revolução industrial, e sua influência na criação e conceituação da responsabilidade objetiva.

Outrossim, é citado a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, que trouxe íncito em seu texto material o aprazamento para a criação do Código de Defesa do Consumidor.

Aborda-se a hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor e apresenta critérios que os desigualam.

No capítulo subseqüente, há a dicotomia dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, dissecando cada elemento e esclarecendo que é necessária a adição dos três para que seja oportuna a indenização.

Esse conceito é discorrido sob a lente da álgebra, de modo que se facilita, em demasia, a objetivação do instituto que é supra relativo.

O primeiro elemento da responsabilidade civil subjetiva é o ato ilícito, ato esse que pode ser realizado de forma omissiva, como também de forma comissiva.

O segundo é o dano que tanto pode ser de ordem patrimonial quanto moral, dependendo, do patrimônio que for lesionado, vez que o sujeito passivo da lesão pode ter suportado decréscimo em seu acervo patrimonial como também, lesão ao seu foro íntimo, que é seu patrimônio subjetivo. Há, outrossim, a metodologia adotada pelos pretórios para se alcançar a quantificação justa da indenização.

O terceiro elemento é o nexo de causalidade que é a existência entre causa e efeito dos dois anteriores.

Portanto, havendo os três elementos o juízo arbitrará uma indenização, diretamente proporcional à ofensa suportada.Contudo, impende gizar que esta será realizada por meio econômico, de modo a fazer com que o sujeito passivo retorne ao seu *status quo* antes do evento danoso patrimonial. No caso de a ofensa ser no foro íntimo do lesado, o juiz arbitrará, mediante critérios objetivos, uma penalidade financeira ao ofensor, com o mister de esta promover satisfação ao ofendido.

Em seguida será apresentada a forma como o instituto retro é recepcionado e associado ao Código de Defesa do Consumidor acerca da responsabilidade civil subjetiva do médico.Informará as diferenças entre responsabilidade de meio e de fim, no caso a última de forma mais aprofundada que a primeira, visto a delimitação do tema.

Serão apreciadas e explicadas as principais características da culpa médica e a forma de cabimento. E por fim, apresentar, por meio de acórdãos o entendimento pacificado nos tribunais acerca da responsabilização do médico nas mais diferentes formas que se afiguram.

1 CONSIDERAÇÕES APRIORÍSTICAS

1.1 Evolução Sócio-Jurídica

Ab initio, é imperativo destacar que, apesar de alguns doutrinadores associarem o berço jurídico privado aos direitos romanos, o instituto da responsabilidade civil do médico teve seu prefácio com a Lei de Talião, legislação consubstanciada no compêndio normativo criado pelo monarca babilônico Hamurabi (1792–1750 a.C.)[1].

O Código de Hamurabi previu a satisfação de uma lesão suportada por meio do princípio que punha a justiça sobre pilares eqüitativos.

Acerca disso, Jayme de Altavila[2] ensinou que:

> "O Capítulo XIII destinava-se aos Médicos (...) A medicina era exercida com muito cuidado no estado mesopotâmico, pois o profissional da medicina ou era bem compensado se curava os seus clientes, ou perdia as mãos se operava mal.
>
> Art. 215 – Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lancêta de bronze e o cura ou se êle abre a alguém uma incisão com a lancêta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos. (...)
>
> Art. 218 – Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata, ou lhe abre uma incisão com a lancêta de bronze e o ôlho fica perdido, dever-se-lhe-á cortar as mãos.
>
> Art. 219 – Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lancêta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo."(à íntegra)

A modalidade satisfativa por meio vingativo de penalidade ao causador do ato lesivo evoluiu durante os tempos, de tal sorte que o método "olho por olho, dente por dente" foi permutado por uma penalidade pecuniária a título indenizatório. Releva notar que o próprio *Codex* previa em seu parágrafo 209 a compensação econômica com o desiderato de tornar indene o sujeito passivo da ofensa, como se depreende: *Se um homem (awilum) bater numa*

[1] GOMES, Rui Kleber Costa, *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo: ed. Pillares, 2004, p. 13
[2] ALTAVILA, Jayme de, *Origem dos Direito dos Povos*, 3ª ed., São Paulo: ed. Melhoramentos, 1963, p. 40.

mulher livre (awilum) e ela perder o filho que estiver esperando, ele deverá pagar 10 shekels pela perda dela.[3]

Inobstante, insta repisar que há outras codificações primazes que outrossim previram a reparação de forma compensatória quanto à ocorrência de lesões, como a *Lex Manusrti* (Código de Manu)[4], ainda influente no estamento social indiano.

O código estabelece em seu artigo 12° do Livro VIII que: *Quando a justiça, ferida pela injustiça, se apresenta diante da Corte e que os juízes não lhe tiram o dardo, eles mesmos serão por este feridos.*, destarte, preconizava-se a responsabilidade judiciária.

O Código de Ur-Nammu, malgrado a falência léxica, também tratava da contenção vingativa através do modelo de compensação econômica, como se observa nos seguintes textos: *Se um homem, a um outro homem, com uma arma, os ossos de... tiver quebrado: 1 mina de prata deverá pagar.* [...] *Se um homem, a outro homem, com um instrumento Geshpu, houve decepado o nariz, 2/3 de uma mina de prata deverá pagar.*"(sic)[5]

Acerca disso, Sílvio Venosa[6] ensina que:

> "O direito moderno ainda usa, em parte, a terminologia romana em matéria de responsabilidade. Temos, porém, que atualizar sua compreensão. O decantado art. 159 surgiu como corolário de uma longa e lenta evolução histórica. O conceito de reparar o dano injustamente causado somente surge em época relativamente recente da história do Direito. O famoso princípio da Lei de Talião, da retribuição do mal pelo mal,"olho por olho", já denota uma forma de reparação do dano. Na verdade, o princípio é da natureza humana, qual seja, reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou o grupo social. A sociedade primitiva reagia com violência. O homem de todas as épocas também o faria, não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico. *O anseio de obrigar o agente, causador do*

[3] Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5026 > Acesso em: 15.09.2009.
[4] Disponível em: <http: //www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manu2.htm> Acesso em: 16.09.2009.
[5] Disponível em: < http: //jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5026> Acesso em: 16.09.2009.
[6] VENOSA, Sílvio de Salvo, *Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil*.São Paulo, Atlas S. A, 2007, Pág. 502 e 503.

> *dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça* (Cavalieri Filho, 2000:24)."

O Direito Romano, com a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecimarum Tabularum* - 452 a.C), a *Lex Aquilia* (286 a.C), as Institutas, o *Codex Justinianus* e o Digesto (528–534 a.C), também contribuiu com seus registros, ao passo que para os romanos o dano encampava tanto o Ser quanto o Ter. [7]

Todavia, importa destacar que foi a *Lex Aquilia* a precursora da responsabilidade civil. O citado diploma teve significativa abrangência na época de Justiniano, sendo, portanto, um medicamento jurídico de amplitude genérica; como, por exemplo, considerou o ato ilícito como uma figura autônoma, dessa forma, criou a concepção vigente da responsabilidade extracontratual que, também, é comumente chamada de responsabilidade aquiliana.

O modelo romano de responsabilidade extraiu da exegese desta lei o princípio por que se pune a culpa em razão de danos provocados injustamente, independente de relação obrigacional preexistente.

Percebe-se, então, que desde os primórdios civilizatórios, a reparação dos danos material e moral, embora o segundo ainda que implicitamente, já eram válidos pelas ordens sócio-jurídicas épicas. Tem-se, portanto, que a reparação civil patrimonial e extrapatrimonial são institutos senis, posto que seus alicerces, conquanto rústicos, encontram-se fulcrados no seio jurídico das civilizações, sobretudo na civilização romana.

Com o aperfeiçoamento, o direito moderno espraiou o conceito de responsabilidade e utilizou uma tríade eqüitativa para afastar o draconismo de outrora e se aproximar da humanização.

Nesse sentido, o escalonamento foi de o Estado compor a ordem jurídica que nega a autotutela, o mercado como garantidor do desenvolvimento social e a comunidade na condição de consumidor compondo o final da linha de produção.

---

[7] Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5026> Acesso em: 16.10.2009.

Porquanto, tornou-se visível à dialética da convivência humana que se processa pelo interagir que há entre a regulação e a emancipação.

Perceptível, em termos ideológicos, através do brado da Revolução Francesa: *liberte, egalite et fraternite*, em vernáculo: liberdade, igualdade e fraternidade, sendo o Estado o fiador da primeira, o mercado como propiciador da igualdade e a terceira como conseqüência da realização de ambas anteriores.

A lógica intrínseca do capitalismo e o fato de haver-se confundido o desenvolvimento da racionalidade econômica com a razão tecno-científica importou, contudo, em déficit de fraternidade e de solidariedade, sendo imperativo, portanto, consignar que o princípio da solidariedade não fora objeto explícito da Revolução, todavia, aspirava-se o de forma indireta, de tal sorte que a doutrina nacional hodierna o vislumbrou e terminou por agasalhá-lo como direito de 4ª geração.

Importante frisar que todas as tentativas de compatibilização entre a liberdade e a igualdade resultaram-se frustrantes para a efetivação da fraternidade.

Destarte, o escore foi negativo, posto que o Estado como também o mercado não lograram êxito, visto que inexistiu no contexto da filosofia capitalista, ainda que em médio prazo, perspectiva de que tal pretensão se fizesse possível.

Traçando-se um paralelo, convém alvitrar que o direito brasileiro pré-codificado lega análise dicotomizada em três fases diferentes, de modo que na primeira, as Ordenações do Reino, sob efeito da *Lei da Boa Razão* (Lei de 18 de agosto de 1769) mandava aplicar o direito romano de forma subsidiária ao direito pátrio; na segunda, com a inauguração do Código Criminal de 1830, houve o esboço do conceito de ressarcimento no instituto da satisfação e a terceira, que é abrilhantada na eloqüente abordagem do doutor Luiz Roldão de Freitas Gomes[8]:

---

[8] GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Elementos da Responsabilidade Civil,* Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000, Pág. 18.

> "A terceira fase inicia-se com Teixeira de Freitas, cuja genialidade nunca é demais encarecida. Opunha-se ele a que a responsabilidade civil estivesse geminada à criminal. Em nota ao art.799 da 'Consolidação das Leis Civis', 3ª ed., reporta-se à Lei de 3 de dezembro de 1841, que derrogou o Código Criminal, revogando-lhe o art. 31 e o § 5º do art. 269 do Código do Processo, estabeleceu, em conseqüência, que 'a satisfação do dano causado pelo delito passou para o seu lugar próprio, que é a legislação civil'.

Saltando-se, portanto, do século XVIII para os tempos atuais, inferimos que essa realidade foi precisamente o que levou à teorização da responsabilidade objetiva, vez que antes de ser avanço teórico, tratava-se de conseqüência inelutável dos pressupostos de natureza sócio-político-econômica que terminaram pô-la estabelecer.

Ao abordar o instituto da responsabilidade sem culpa, valemo-nos, de um eufemismo encobridor de substância que ideologicamente precisa ser dissimulada, sobretudo, devido à mera hipótese de a natureza, quando nos causa dano, se situar no âmbito do infortúnio, da fatalidade e da impotência humana diante de tudo quanto ainda não é capaz de se controlar.

A rigor, as hipóteses de responsabilidade sem comprovação de culpa são ocorrências em que o causador do ato lesivo e, portanto, responsável, tornou-se anônimo, dada a intensa mecanização prefaciada na Revolução Industrial e massificação da vida moderna imprimindo distanciamento da vítima, desta forma, seria irrazoável atribuir ao sujeito passivo do dano o dever de identificar seu agressor.

Ademais, convém notar, que em seu núcleo, a teoria do risco, a mais hermética das teorias objetivas, somente assiste ao fato de ter-se tornado, em si, perigosa, atualmente, a convivência social.

Acerca dessa teoria, convém lembrar Sérgio Cavalieri[9]:

> "Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os jurista, principalmente na França, conceberam a "teoria do risco", justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que

[9] FILHO, Sérgio Cavalieri, *PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL*, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 166.

> aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e rapara o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano."

Na casuística, as vantagens do mundo tecnológico se posicionam em um dos pratos da balança, sendo ladeado à necessidade de o vitimado, em benefício da coletividade, poder responsabilizar alguém, que, por conseguinte, suportará o ônus coletivo da culpa.

E contrariando essa tese, Caio Mário[10] se reporta aos irmãos Mazeaud:

> "A teoria do risco tem recebido sérias críticas dos defensores da doutrina subjetiva, ao argumento de que, em razão da demasiada atenção á vítima, acaba por negar o princípio da justiça social, impondo cegamente o dever de reparar, e levando-o a equiparar o comportamento jurídico e o injurídico do agente. Os irmãos Mazeaud podem ser apontados como os campeões na luta contra a doutrina do risco, ao sustentarem que a eqüidade quer que aquele que retira os proveitos suporte os riscos, mas ela quer, também, que aquele cuja conduta é irreprochável não possa ser inquietado."

Ante o exposto, a questão que não cala é como se encontrar o aristotélico caminho do meio, qual seja, o equilíbrio jurisdicional?

A partir de então, afasta-se da esfera teórica e floresce no campo jurídico o instituto da responsabilidade objetiva, elaborando a teoria do risco que enfatiza à simples relação de causalidade, abstraindo-se, da ilicitude do ato quanto da existência de culpa.

1.2 Relatos sobre consumo.

[10] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Forense, Rio de Janeiro, 1998. p.266.

A Constituição da República Federativa do Brasil[11], promulgada em 1988, trouxe íncito no seu texto material a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental, conforme:

> "Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor."

E, também, como princípio de ordem econômica, consoante ao:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> V - defesa do consumidor.

Fundamentando, portanto, que ambos institutos são extensões do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, posto as cláusulas abusivas serem incompatíveis com o art. 1°, *in verbis: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.*[12].

Outro detalhe de relevo e pouco abordado foi a preocupação com a brevidade que o legislador constituinte de 1988 teve em proteger o consumidor, estatuindo, então, o prazo de

---

[11] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm> Acesso em: 20.9.2009.

cento e vinte dias, após promulgar-se a Constituição, para a elaboração de uma lei protetiva às relações consumeristas, conforme o disposto no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) [13]*in verbis*: *O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.*

Destarte, convém registrar o que Leonardo de Medeiros[i] ensina:

> "Ao estabelecer *normas de proteção e defesa ao consumidor*, o presente código pretende intervir nas relações de consumo para a proteção de um sujeito especial, vulnerável, desigual em sua relação com o fornecedor, de modo a manter o equilíbrio e a igualdade nas contratações.
> Trata-se de um verdadeiro *microssistema jurídico*, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando-os de maneira desigual em relação aos fornecedores com o fito de alcançar a igualdade.
> As normas contidas no Código são de ordem pública e interesse social, sendo, portanto, cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes. Aliás, o art. 6º do Código Civil Francês (*Code de Napoleon*), de 1804, já previa tal ensinamento pelo qual *não se pode derrogar, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública ou aos bons costumes.*"

Logo, por se tratar de direitos e garantias individuais lastreados pela Constituição da República, nenhuma lei que tenha por escopo alterar *in pejus* ou suprimir direitos será acolhida pelo ordenamento jurídico por afrontar cláusula petrificada na Carta Magna, conforme dispõe seu art. 60: *A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.*

Desta forma, a lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 _Código de Defesa do Consumidor_ vivência suas ações a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, visando tutelá-lo contra eventuais prejuízos gerados

---

[12] GARCIA, Leonardo de Medeiros, *Código Comentado de Direito do Consumidor*, Niterói, Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2005, p. 3.

pelo mero fato de este ocupar, na relação contratual, o lado desvantajoso e, portanto, suscetível de moléstia.

É oportuno informar que a pedra angular do *Codex* posiciona-se no reconhecimento da vulnerabilidade e na procura da isonomia nas relações de consumo entre fornecedor e consumidor.

Porquanto, estabelece-se a criação de delegacias de polícia especializadas para atendimento às vítimas de crimes de consumo e se ajustam acordos que suprem as necessidades, sejam informacionais, acerca do teor do produto ou serviço disponibilizado no mercado, seja pela publicidade simples de claridade mediana.

Outrossim, por se tratar de direitos transindividuais (difusos) serão criadas promotorias de justiça para a defesa do consumidor, em extensão ao *Parquet* (Ministério Público). Em relação ao Poder Judiciário, há programas de criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e de Varas Especializadas.

Não obstante, faz-se imperativo que o consumidor se conscientize de seu poder e o Estado incentive com efetiva instrumentalização no serviço público, sobretudo no Poder Judiciário, para a extensão do conhecimento a todas as camadas sociais, derrubando-se, definitivamente, a parede invisível que desiguala os consumidores dos fornecedores.

---

[13] Disponível em: <http: //www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm> Acesso em: 15/09/2009

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito de Ato Ilícito

A doutora Patrícia Ribeiro Serra Vieira[14] aprofunda em nota de pé de página que: *O conceito de ato ilícito foi assentado por pandectistas alemães do século XIX, quando da estruturação dos fundamentos da teoria da responsabilidade civil e da instituição do código Civil Alemão (BGB) de 1987.*

Para Maria Helena Diniz[15], o ato ilícito *é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão.*

Então, tem-se, provisoriamente, que o ato ilícito é aquele praticado, por Homem, e transgride um dever jurídico legal; todavia esse conceito fornece entendimento do que é ato ilícito comparado com ato jurídico e com demais fatos que repercutem no direito, precisando ser mais bem definido nos seus elementos essenciais, em se tratando de lhe posicionar na dogmática.

Para tanto, torna-se imperioso o reporte à Patrícia[16] que cita dois baluartes do direito, iniciando-se pelo saudoso Clóvis Beviláqua:

> "entre as ações humanas, que produzem efeitos jurídicos, sem que o agente os tivesse, determinadamente, pretendido obter, ou sendo indiferente que os tivesse visado, estão, de um lado os atos ilícitos, omissivos ou comissivo, e, de outro, certos atos a que se ligam conseqüências estabelecidas pela lei independentemente da intenção com que foram realizados, como, por exemplo, a mudança de domicílio."

E continuando com San Tiago Dantas que destaca o aspecto comportamental:

---

[14] SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro, A r*esponsabilidade civil objetiva no direito de danos,* Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005. P. 17.
[15] DINIZ, Maria Helena, op. Cit. P.40.
[16] SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro, op. Cit. P.18.

> "Nunca o ato ilícito é uma simples declaração de vontade. Firme-se muito bem este ponto: enquanto os atos jurídicos são declarações da vontade, ex.: prometer, fazer, estar disposto a contratar, faz-se tal coisa, assim como se quer dizer suas declarações de vontade que produzem efeitos aquisitivos ou extintivos de direito."

E continua explicitando, conforme sua cognição, o ensinamento de San Tiago:

> "Enquanto isso, o ato ilícito nunca é uma declaração da vontade. Ele é um ato voluntário de conduta _ o homem que diz que causará a outrem um prejuízo, não está cometendo um ato ilícito; esta ameaça pode repercutir na ordem jurídica, dando lugar a que a pessoa tome tais ou quais precauções e, por conseguinte, o direito dela tome conhecimento.
> Mas não é isso que é um ato ilícito: o ato ilícito é sempre um comportamento, um comportamento positivo que infringe um dever jurídico e não comprometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de uma simples manifestação de vontade.
> Sendo, porém, um comportamento, um ato de conduta, nem por isso o ato ilícito dispensa uma clara colaboração da vontade.
> É preciso que seja um ato de conduta voluntário. Em que deve consistir essa voluntariedade do ato jurídico? Pode consistir em duas coisas: ou a pessoa não dirige sua vontade para os resultados do ato, mas, sim, para um outro alvo qualquer e, dada a negligência, a imprudência com que se conduz, o ato se torna lesivo ao patrimônio ou à pessoa de outrem."

A Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002[17], o Código Civil vigente no Brasil, conceitua ato ilícito em seu art. 186 como: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*, e, também como o previsto no art. 187: *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Enquanto ao ilícito omissivo há de se ter cautela, como orienta Caio Mário[18]:

---

[17] Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 16.10.2009.
[18] PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob.cit.

> "Muito se tem discutido a propósito da culpa por omissão (*culpa in omittendo*) ou *abstenção culposa*. Não é qualquer omissão que engendra a responsabilidade civil. Para que a abstenção se converta em dever de indenizar é preciso que exista a obrigação de agir."

Destarte, torna-se imperativo esclarecer que vigora no nosso ordenamento jurídico o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorrente de conduta culposa do agente, qual seja, reprovada ou censurada[19].

Outrossim, de singular importância é a sutileza comumente inobservada e repetida por doutrinadores de escol que acrescenta o verbete imperícia como elemento ensejador de culpa.

Nesse sentido, insta esclarecer que, consoante à norma de prefixação vigente na Língua Portuguesa, os prefixos i/ im/ in equivalem semanticamente à idéia de negação, logo, ilícito será o ato que estiver despido de licitude, podendo decorrer de conduta ativa, qual seja, dolosa ou imprudente, ou conduta passiva, como a negligência.

Nesse mesmo diapasão gramatical, infere-se que a imprudência far-se-á presente quando alguém se comportar de forma contrária à cautela, e imperito será aquele que agir sem haver destreza técnica.

Ora, o indivíduo que realiza determinada atividade que desconhece a ciência afronta a prudência, tornando-se incurso na cabeça do artigo retro, se causar dano, por ser imprudente.

Portanto, a partir da exegese semântica e legalista, concitamos à reflexão de imaginar-se a imperícia como extensão da imprudência.

2.2 Conceito de Dano

O verbete dano provém da palavra latina *damnu*, e significa: prejuízo, perda, estrago, etc. Todavia, para fins jurídicos ficamos com a primeira significação e definimos dano como: prejuízo sofrido pelo patrimônio econômico ou moral de alguém[20].

---

[19] DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade* Civil, 7ºEdição, volume 7, São Paulo, Editora Saraiva, 2007 P.39.

O dano é um elemento tão importante para a caracterização da responsabilidade civil e posterior indenização que Silvio Venosa[21]ponderou:

> "Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em uma concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão *dano injusto* traduz a mesma noção de *lesão a um interesse,* expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil."

Para Maria Helena Diniz[22]:

> "O *dano* é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar."

Sob esse aspecto, verifica-se de forma cristalina que na inexistência de dano ou direito violado, não há de se abordar acerca de indenização, posto que a compensação econômica tem por escopo satisfazer um mal de natureza material ou moral suportado.

2.2.1 Dano Patrimonial

O dano patrimonial é toda ofensa às aspirações de outrem, que resulta em diminuição de ordem possuidora de apreciação econômica; em outras palavras, é a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deteriorização, total ou parcial, do acervo material que lhe pertence, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

---

[20] Disponível em: <http://www.dji.com.br/penal/dano.htm> Acesso em: 16.10.2009.
[21] VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil Responsabilidade Civil*. Volume 4, 7ª Edição, São Paulo, Editora Atlas S.A, 2007, Pág. 31 e 32.
[22] DINIZ, Maria Helena, op. Cit. P.59.

Desta forma, o prejuízo é aferido pela diferença entre valor atual do bem do sujeito passivo e aquele que teria na ocasião, caso não existisse a moléstia. Portanto, estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio real existente seguinte à redução e o que, provavelmente, haveria se não tivesse suportado o decréscimo.

Releva notar que a expressão dano patrimonial, dependendo do caso, consubstancia duas modalidades de lesões passíveis de indenização que são os danos emergentes, que se refere àquilo que o danificado perdeu, e os lucros cessantes, que é a hipótese de propensão patrimonial havida, contudo não tida, em razão do evento danoso.

2.2.1.1 Dano Emergente

Analisando os vocábulos dano e emergente temos que se trata de uma lesão que ascende seus efeitos para a superfície patrimonial do danificado lhe causando imersão financeira.

Com propriedade Silvio Venosa23 simplifica e ensina que:

> "O *dano emergente*, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: *aquilo que efetivamente perdeu.* Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos. Em um abalroamento de veículo, por exemplo, o valor do dano emergente é o custo para repor a coisa no estado anterior. Será o valor do veículo se for perda total."

E, Maria Helena Diniz[24] discorre que:

---

[23] VENOSA, Sílvio de Salvo, op. Cit. P.35.
[24] DINIZ, Maria Helena, op. Cit. P.67.

> "Dano *positivo* ou *emergente*, que consiste num *déficit* real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam conseqüência necessária, certa, inevitável e previsível a ação."

Portanto, dano emergente corresponde à perda de um valor pecuniariamente determinado, ao passo que a avaliação é realizada em dinheiro e aferida pelo critério diferencial. Inobstante, em determinadas ocasiões não se fazer necessário, visto que tal cálculo permite a restituição ao *status quo ante* por via de reconstituição natural.

2.2.1.2 Lucro cessante

Se pudéssemos abreviar o conceito de lucro cessante em uma frase escreveríamos: Obstaculização de rendimento, devido à ocorrência de fato danoso impeditivo. No entanto, incorreria em falência exegética, posto que o lucro cessante ou dano negativo, consoante a Maria Diniz[25] é:

> "à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado. Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos,conjugados às circunstâncias peculiares do caso concreto (RT, 434:163, 494:133).

[25] DINIZ, Maria Helena, op. Cit. P.68.

Portanto, verifica-se que se trata não apenas de um eventual benefício perdido, mas, outrossim, a perda de uma oportunidade ou expectativa. Requer-se, então, o emprego do tirocínio eqüitativo do órgão judicante, diferenciando o possível do provável, avaliando as perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, com o escopo de alcançar a proporção da reparação e deliberar a quantia. Nesse sentido, a indenização não seria do ganho que deixou de ter, mas, a rigor, da chance.

Destarte, o dano deve ser apreciado, em juízo, segundo o maior ou menor grau de probabilidade de se converter em certeza. A chance, ou oportunidade é passível de indenização devido à implicação de perda de uma expectativa ou probabilidade.

Esse instituto fica claro na casuística, quando culposamente um advogado adormece e perde o prazo recursal e, portanto, subtrai de seu cliente a oportunidade de assistir ao êxito de sua pretensão examinada em instância superior, ou seja, a perda da chance que poderia dar-lhe ganho de causa.

2.2.2 Dano Moral

O dano moral é a ofensa a interesses não patrimoniais suportada por pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo.

Convém ressaltar que a lesão, em si, suportada por alguém, certamente, afetará o seu direito e interesse; porquanto, há de se ter cautela ao diferenciar o dano material do moral, posto que o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, e sim ao interesse, que é pressuposto desse direito.

Outrossim, releva informar que é de singular importância o caráter da repercussão no foro íntimo do lesado, visto que somente dessa forma poderia falar-se em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem, ou em dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa

direito extrapatrimonial, visível na moléstia à saúde em decorrência de uma manobrar médica equivocada, gerando no paciente um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com tratamento, etc.

Cabe notar que não é qualquer dor ou vexame que é passível de dano moral, visto que a vida em sociedade, sociologicamente falando, tornar-se-ia impraticável se fosse admitido em qualquer dissabor suportado a indenização. Ademais, promiscuiria o brilhante e milenar instituto abordado alhures.

Portanto, o dano moral é a dor intensa, a angústia que gera insônia, a aflição espiritual, a humilhação extrema, o conjunto de traumas psicológico que sofre a vítima do evento danoso, fora da normalidade, vez que estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a conseqüência do dano.

Nesse sentido, mister se faz citar Sérgio Cavalieri Filho[26]:

> "só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral."

Abordado os requisitos de configuração do dano, importa destacar que o direito pátrio não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas, somente, aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente, isto é, tutela o que os tratadistas italianos denominam de *pateme d''animo*, qual seja, a dor moral, que guarda em seu bojo o aspecto espiritual e o psíquico.

---

[26] FILHO, Sérgio Cavalieri, ob. cit, p. 89.

Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão pleitear em juízo uma reparação pecuniária em razão do sofrimento suportado, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão-somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofrida.

Ainda em sede de dano extrapatrimonial, Maria Helena Diniz[27], dicotomiza o dano moral em direto e em indireto:

> "O *dano moral direto* consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família).
>
> O *dano moral indireto* consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. P.ex.: perda de coisa com valor afetivo, ou seja, de um anel de noivado."

Portanto, inferimos que no Direito Brasileiro, inobstante a ausência de disposição legal explícita, apesar de a Carta Magna de 1988 albergar de forma inquestionável em seu artigo 5°, incisos V e X, *in verbis*: *é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"*e no inciso X: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*; a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação do dano moral tanto originário de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana, vez que a existência de dano moral importará em posterior indenização.

---

[27] DINIZ, Maria Helena, op. Cit. P.91.

Destarte, não é necessário fazer-se distinção entre dano moral derivado do fato ilícito absoluto e dano moral resultante de ilícito relativo, visto que o direito à reparação pode projetar-se por mais diversas áreas sociais, compreendendo pessoas envolvidas ou não no liame jurídico de natureza contratual.

Nesse sentido, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor quanto entre caluniador e o caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente com o ofensor.

Compete, conclusivamente, ressaltar, que a obrigação de reparar o dano ocasionado se estende aos sucessores, contudo, a responsabilidade do sucessor a título universal é limitada, vez que não pode ultrapassar as forças da herança nos termos do art. 1.792 do CC.

2.2.2.1 Critério de quantificação do dano extrapatrimonial

Indubitavelmente, uma das questões mais delicada no exercício da magistratura é a fixação do *quantum* indenizatório do dano moral, devido à dificuldade que há em substancializar-se sentimentos e dores, e, sobretudo, por ter-se que, ainda, consubstanciar um valor justo e satisfatório. Para tanto, o direito pátrio amplia, sobremaneira, a discricionariedade do juízo *a quo* nesse terreno, ou melhor, do Poder Judiciário.

O Direito Comparado, a Filosofia e a Doutrina Pátria são pacíficos, no sentido de utilizar-se como mecanismo de aferição o bom-senso, não obstante, impende alvitrar que o bom-senso, nem sempre reflete o senso bom, posto que guarda tênue proximidade com a moral, que é subjetiva.

Por isso, Christino Almeida[28] esboça critérios objetivos a serem adotados na quantificação do dano extrapatrimonial:

> "a) Que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio; b) Equilíbrio entre o caso em exame e as normas jurídicas em geral, tendo em vista: b. l) Curva de sensibilidade: b1.l.) em relação ao nível comum sobre o que se possa produzir numa pessoa normal, tal ou qual incidente; b.1.2.) grau de instrução da vítima; b1.3.) seus princípios éticos; b.2.) Influência do meio: b.2.1) repercussão pública; b.2.2) posição social da vítima do dano."

Portanto, ultrapassado esses elementos, apenas no caso concreto o magistrado poderá aquilatar a dimensão do evento danoso, realizando perícia nas provas carreadas e arbitrando o *quantum*, de acordo com valores harmônicos nos julgados pretorianos.

Releva notar que, como o direito romano previa o *neminem laedere* que fora o dever de a ninguém prejudicar outrem, a satisfação almeja tornar indene o sujeito passivo devendo atender plenamente a lesão, além de repor os lucros cessantes. Então, independe o grau de culpa do agente causador do ato lesivo, posto que a previsão do art. 944 do Código Civil vigente decorre da Lei Aquiliana que previa: *in Lege Aquilia et levíssima culpa venit*, isto é, ainda que a culpa do agente seja levíssima cumpre ao ofensor a indenização, logo, esta não se mede pela gravidade da culpa, e sim pela extensão do dano.

Inobstante, essa solução draconiana comumente se apresenta injusta, vez que em casos de culpa levíssima condenar o réu ao pagamento integral de indenização poderá, apenas, ser uma transferência da desgraça de um ao outro, ou seja, da vítima àquele que lhe causou o mínimo prejuízo.

---

[28] VALLE, Christino Almeida do. *Dano Moral: doutrina, modelos e jurisprudência*, Rio de Janeiro: Aide, 1996. 208p.

Na opinião de Caio Mário da Silva Pereira[29]:

> "A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."

Nesse sentido o magistrado não pode julgar por eqüidade, porque a solução nela baseada só é admissível quando expressa em legislação, ao passo que na situação a lume, ou o juiz julga procedente a ação e condena ao pagamento integral da indenização, ou no caso de a entender demasiada, como hodiernamente acontece, sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis no Rio de Janeiro, terá de julgá-la improcedente.

No entanto, o Projeto de Código Civil de 1975 em seu art. 980, atual parágrafo único do art. 944 do *Codex* vigente, responsabilizou-se em legar ao juiz faculdade de reduzir eqüitativamente a indenização.

Evidentemente, há aqueles que rechaçam nas deliberações acerca, aduzindo que tal permissividade, o excessivo arbítrio do juiz, pode lesionar a forma republicana, por entenderem que tal aumento exorbitaria a distância que existe entre a justiça e o jurisdicionado.

Entretanto, não prosperam, visto que a prerrogativa pertence ao Poder Judiciário, pois a decisão *a quo* pode ser reapreciada pelos pretórios, consoante ao Princípio do Duplo Grau

---

[29] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. Cit. P.235.

de Jurisdição, destarte, caso reiterado o julgado, o acórdão representará a ideologia de toda uma elite intelectual representada pelo retro Poder.

Então, acertadamente, Humberto Theodoro Júnior[30] preleciona:

> "Se de um lado se aplica uma punição àquele que causa dano moral a outrem, e é por isso que se tem de levar em conta a sua capacidade patrimonial para medir a extensão da pena civil imposta; de outro lado, tem-se de levar em conta a situação e o estado do ofendido, para medir a reparação em face de suas condições pessoais e sociais."

Ante o exposto, não incorreria em erro àquele que de forma sinóptica aduzisse que os fatores a serem considerados no arbitramento da indenização do dano moral seriam a condição particular e social do lesado, as causas em que se deu a ofensa e o nível de culpa ou dolo do ofensor.

Destarte, o interesse da doutrina, da lei e da jurisprudência é que a indenização se revista de caráter pedagógico e profilático, sendo de tal monta que não se constitua em instrumento de ganância ou mero capricho, enriquecendo o ofendido de maneira desmedida, como também, não seja, pífia em relação ao porte econômico do ofensor, posto que poderia haver um julgado inexpressivo para o lesante não constituindo reprimenda capaz de desestimular a reiteração da prática moralmente danosa.

Outrossim, insta repisar que existe uma corrente, sofista, que sustenta a inadmissão do dano moral por ser economicamente imensurável a *pretium doloris*; ou seja, trocando em miúdos, já que não há como igualar o dano suportado a determinada quantia, nada se deve ressarcir.

---

[30] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência.* Rio de Janeiro: Aide, 1993.p. 277.

Convém, portanto lembrar de Sérgio Cavalieri[31]:

> "Toda teoria, assim que engendrada, sofre da inevitável tendência de ser levada a extremos. Seus expositores, normalmente, costumam apresentá-la como panacéia para todos os males. Com o correr do tempo, entretanto, nos embates com a realidade, vai sendo reduzida aos seus verdadeiros limites, ficando expurgada de seus exageros. E foi o que aconteceu com a teoria do risco, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva ou sem culpa. Foi ela apresentada como substituta da teoria da culpa, que seria insatisfatória e superada."

Já aqueles que se esposam à admissibilidade do dano moral, bradam que não se trata de pagar pela dor, e sim de minguá-la, disponibilizando meios acessórios ao ofendido, com o escopo de que este goze de outros prazeres, como forma de amenização do sofrimento suportado. Desta forma, a indenização tem por fim propor leniência da dor e não o seu pagamento.

Nunca é demais se lembrar e finalizar com Caio Mario[32] que ensinou:

> "O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano moral, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima".

2.3 Conceito de Nexo de Causalidade

O nexo causal decorre das leis naturais e é o liame que liga a conduta do agente ao dano, sendo, portanto, elemento indispensável, vez que é pelo exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do ato lesivo.

---

[31] FILHO, Sérgio Cavalieri, ob. Cit. Pp. 169,170.
[32] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 6ª ed., 1995, p. 65.

Impende gizar que o nexo é o penúltimo elemento da responsabilidade civil que mais bem se visualiza pela lente da álgebra, comportando duas modalidades: subjetiva e objetiva. Na primeira, é necessário conjugar o trinômio A + B + C = D, sendo A o ato ilícito omissivo ou comissivo, B a existência de dano, qual seja patrimonial ou moral, como visto alhures, C o nexo de causalidade, que nada mais é do que a relação de causa e efeito entre os dois anteriores e a letra D representa a indenização.

Todavia, a responsabilidade civil objetiva, dispensa o primeiro elemento (culpa), porém jamais dispensará o nexo causal, sendo certo, que este será pressuposto inafastável da reparação do dano, ou seja, se a vítima do evento danoso não identificar o nexo que conduz o ato lesivo ao responsável não haverá como ser ressarcida.

Inobstante, visto que no estamento nacional não há direto absoluto, é de supra relevância informar, sobretudo para quem atua no pólo passivo, que o caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo causal, vez que o cerceiam ou o interrompem.

A rigor, no caso fortuito e na força maior o agente não concorre para o evento danoso, porque são critérios alheios a sua vontade que cria a ofensa, portanto, inexiste relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

Outrossim, rompe o nexo causal o dano ocorrido por culpa exclusiva da vítima, desflorando-se, o dever de indenizar, logo, a determinação do nexo é situação de fato a ser avaliada no caso concreto, não sendo proveitoso enunciar regra absoluta.

Nesse sentido, para identificar a relação causal, há duas questões a serem analisadas. Aprioristicamente existe a dificuldade na robustez probatória; em seguida, apresenta-se à problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, sobretudo quando este decorre de causas múltiplas. Não raro há condições de estabelecer a causa direta do fato, qual seja, a causa eficiente.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Ao iniciar esse capítulo é conveniente explicitar que conforme já abordado, em linhas gerais, a responsabilidade objetiva, diferentemente da subjetiva, acontece independente da existência de culpa; já na responsabilidade subjetiva há necessidade de comprovação desse elemento e, ainda, cada uma delas pode ser suscitada contratual ou extracontratualmente.

Neste diapasão, é imperioso ver o entendimento dos projetistas[33]:

> "O §4° abre uma exceção ao princípio da objetivação da responsabilidade civil por danos. Trata-se do fornecimento de serviços por profissionais liberais cuja responsabilidade será apurada mediante verificação de culpa.
> Explica-se a diversidade de tratamento em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes.
> Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia."

E do clássico Aguiar Dias citado por Venosa[34]

> "José de Aguiar Dias (1979, v.1:282) entende que a responsabilidade médica é de natureza contratual, sem qualquer dúvida, mas acaba por concluir que as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado; a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero e meramente venial. Ora, se é escusável a confusão entre as duas modalidades de responsabilidade no tocante aos médicos, venial como diz o autor, é porque tal responsabilidade situa-se ora num campo ora noutro."

---

[33] GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de FINK Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, Watanabe, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery e DENARI, Zelmo no Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo, 8ª Edição: Revista Universitária, 2005.

[34] VENOSA, Sílvio de Salvo, *apud* DIAS, José de Aguiar op. Cit. P128

Desta forma, a prova da culpa incumbe à vítima, ao paciente ou aos seus herdeiros, tanto na relação contratual, como na relação extracontratual, sendo certo que será sempre menos trabalhoso a prova da culpa em havendo contrato para se examinar o inadimplemento.

Cumpre esclarecer que a prova da culpa médica ficará acondicionada às intempéries da prova processual, vez a culpa dever ser avaliada pelo juiz dentro dos princípios da obrigação de meio, exceto a cirurgia plástica estética e os exames técnicos que são espécies de obrigação de resultado.

Vale lembrar que o caso concreto deve fazer concluir a responsabilidade pela existência do nexo causal, consoante à teoria clássica de responsabilidade. Não obstante, a rigor no sistema consumerista, compete ao consumidor, ou a seu representante, como destinatário do serviço médico, a produção da prova do defeito na prestação do serviço, do dano e do nexo de causalidade (conf. art. 38 da lei 8078/90), sendo facultado, entretanto, ao magistrado à determinação da inversão do ônus da prova, se verossímeis e razoáveis as alegações aduzidas pelo consumidor ou quando este for hipossuficiente.

Para tanto os inventores[35] informam:

> "Se o dispositivo comentado afastou, na espécie sujeita, a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade."

Importa destacar que tal faculdade jurisdicional é corolária do princípio da vulnerabilidade, acrescendo essa modalidade de proteção ao consumidor no corpo do processo.

Releva notar que a inversão do *onus probandi* independe do vértice que o consumidor componha, ou seja, este será agraciado pelo instituto tanto se estiver guerreando no pólo ativo, quanto litigando no pólo passivo do conflito.

---

[35] GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de FINK Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, Watanabe, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery e DENARI, Zelmo, ob. Cit.

Acerca da responsabilidade médica, a inversão do ônus mais se justifica, posto a dificuldade de o destinatário final do serviço médico provar o defeito no seu fornecimento. Dessa forma, a lei veio, portanto, facilitar expressivamente os reclamos de maus serviços, matéria que ainda não possui grandeza esperada nos julgados, visto que o acesso à Justiça era demasiadamente dificultado pela manutenção dos princípios tradicionais da responsabilidade civil subjetiva.

Contudo, como advento legal, o estamento admitiu a responsabilidade objetiva da obrigação de meio, ao passo que presente essa responsabilidade, ao tutor da conduta compete apenas isentar-se da indenização, caso provar que a diligência foi empregada, não existindo defeito na prestação do serviço, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou caso fortuito ou força maior.

Impende gizar que à responsabilidade médica, qualquer técnica nova deve ser previamente aprovada pelo paciente, na hipótese de não ser aceita pela comunidade médica mundial.

Nesse sentido, Venosa[36] ensina que:

> "O dever de informação, não fosse por si só inerente à atividade médica, é um dos direitos básicos do consumidor: informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem (art.6º,III). Com o devido temperamento, a norma aplica-se inelutavelmente à conduta e tratamento ministrados pelos médicos, odontólogos e profissionais afins."

Portanto, a medida mais acertada nesse caso é de o médico, responsável por tratamento ou intervenção cirúrgica, realizar o consentimento informado, fulcrado no artigo 15 do novo Código Civil.

---

[36] VENOSA, Sílvio de Salvo, op. Cit. P.122 e 123.

Esse consentimento é feito por meio de um documento regido de forma simples e de clareza mediana em que o cliente ou paciente declara estar ciente de todos os riscos a que está submetido e que, ainda assim, autoriza a operação a que se sujeitará.

O consentimento informado deve esclarecer se o tratamento ou cirurgia a que o paciente será submetido oferece risco de vida, ou se pode determinar efeitos colaterais graves, como por exemplo, no caso de um paciente vítima de câncer, o médico deve informá-lo acerca dos efeitos colaterais da quimioterapia.

Deve, outrossim, dizer se existe outra técnica de tratamento ou cirurgia distinta daquela que ele vai empregar, sendo preciso que não reste dúvidas ao consumidor, quanto aos cuidados que deverá ter pós-cirurgia.

Ressalte-se que ao avaliar o quadro sinóptico do paciente, o médico, além de considerar as condições clínicas e a imprescindibilidade, deverá visualizar a urgência da cirurgia, pois, se não houver condições ideais na hora, mister se faz que haja contato com a equipe de anestesiologistas e cirurgiões que participariam do ato cirúrgico, à procura da melhor condição possível ao paciente.

Todavia, na casuística nem sempre é possível, sobretudo devido à urgência do ato cirúrgico que por reiteradas vezes inadmite o equilíbrio clínico desejado, tanto pelo paciente como pelos seus familiares, que deverão ser esclarecidos sobre o risco maior do ato cirúrgico, que depende não apenas do quadro em que o paciente se encontra, como da relevância cirúrgica.

Destarte, a procura do médico deve sempre pautar a segurança do assistido, e não as condições ideais da patologia que torna imprescindível e urgente a cirurgia que cria risco de vida àquele na hipótese da não realização dessa. Convém explanar que na expressão: "risco cirúrgico" está contido o "risco cardiológico". Portanto, ao avaliar o paciente para cirurgia, o médico o fará sob todos os aspectos, e o exame deve ser o mais abrangente possível.

Na hipótese de hesitação quanto à avaliação cardiológica, ou sobre qualquer outra área específica, o médico assistente pode solicitar a opinião do especialista, visto que se não a solicitar e optar na adoção de manobra técnica que desconhece, não é *expert*, assume o risco do revés, podendo esse procedimento tipificar ou agravar sua culpa, por imperícia, conquanto seja formado, cadastrado em entidade classista e, ainda, lesionar a cautela.

O defeito na prestação de serviço médico no sistema do consumidor não difere, em tese, do defeito por fato do produto ou dos serviços em geral, vez que em todas as situações, são analisados danos ocasionados na esfera do interesse do consumidor.

Em relação aos serviços médicos temos de atender às devidas peculiaridades, porque consoante a dicção legal, há responsabilidade solidária, qual seja, independente de apuração de culpa, a todos os fornecedores participantes da cadeia de fornecimento de serviços.

E Venosa[37] esclarece:

> "Os médicos também agem como empregados ou prepostos de hospitais, clínicas, casas de saúde e associações ou nos chamados convênios. Essas entidades prestadoras de serviços se qualificam como fornecedor, na dicção do art.3° do Código de Defesa do Consumidor. No âmbito do Código Civil, essas pessoas, ainda que com personificação incompleta ou anômala, são também responsáveis por ato de seus prepostos, nos termos do art. 1.521, III (novo, art.932, III)."

Quanto ao indiciamento em processos judiciais, existem variações de caso a caso, pois, muitas vezes as ocorrências lesivas não configuram propriamente erro médico. Destarte, reiteradas queixas endereçadas ao CREMERJ e a justiça decorrem da carência de informação adequada ao paciente e a seus familiares, em relação ao real estado clínico do primeiro e da imprescindibilidade da cirurgia.

Ato contínuo, a equipe médica, por indispor de tempo hábil, busca a mais célere e melhor solução para o paciente por ter que optar por correr um risco maior para que o paciente não perca a chance de resolver seu problema, cuja solução é cirúrgica.

Portanto, compete aos juristas assimilar os novos fenômenos decorrentes do avanço tecnológico da Medicina, sem esquecer que há entraves de natureza dogmática, seja religiosa, moral ou ética, cujo exame excede o objeto dessa pesquisa, logo deve ser avaliado pela doutrina e pela jurisprudência nos desafios da mudança comportamental da sociedade como, por exemplo: métodos de controle de natalidade, fertilização assistida, anencefalia, cirurgias transexuais etc.

Nesse sentido, o sacerdócio do médico militante no Brasil é multiplicado, visto que, além da rigorosidade normativa que cerceia a sua área de trabalho, este luta com permanente falta de recursos para atendimento à grande população, pois, da mesma forma que procura proteger o paciente da doença, incumbe que não se olvide do lado humano do médico. Ademais, a condenação por má prática, que já é uma lesão na personalidade do profissional, apena-o com o fim de sua carreira.

3.1 Ética do médico e a responsabilidade.

O ser humano é um ser gregário por natureza, isto é: sujeito ontologicamente social, visto que as regras de convivência se fazem presentes desde as mais remotas culturas. Nesse sentido, a regra jurídica é, também uma norma ética, logo, uma regra de conduta.

Ao analisar uma conduta no mundo cultural e no mundo dos valores, há de se falar no determinismo cartesiano, posto que se analisa de forma restrita a ação, entretanto, dependendo da atipicidade do fato, insurgimo-nos, vez que o Homem é um ser axiológico, ou seja, um composto híbrido de emoção e razão.

---

[37] VENOSA, Sílvio de Salvo, op. Cit. P.129.

Destarte, a ética como ciência, aborda as questões relativas à moral e aos costumes, do meio ao qual se direciona, ao passo que tutela o modo de proceder do agente no interior do grupo social em que está inserido. Eis o porque da ética profissional médica.

Nesse sentido, à proporção com que cada órgão de classe de profissional liberal é criado no Brasil, o seu respectivo Código de ética deve ser observado de forma lato, e não apenas *interna corporis*, qual seja, dentro do órgão disciplinador da classe profissional.

Não obstante, como a pesquisa é acerca dos médicos, ater-nos-emos ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Medicina que são os responsáveis principais e acessórios da atividade médica. Essas entidades subsidiam ao magistrado no exame da conduta profissional, e, então, o auxiliam na conclusão ou não da responsabilidade civil.

Insta repisar que compete a esses Conselhos zelar pela ética médica, conforme o art. 1º do Código de Ética: "*A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa, política ou social, e colaborar para a prevenção da doença, o aperfeiçoamento da espécie, a melhoria dos padrões de saúde e de vida coletividade.*"

Outrossim, convém alvitrar que Rui Kleber[38] *apud* Jerônimo Romanello Neto, que carreou em seu livro a adaptação, realizada em 1948, em Genebra, do Juramento de Hipócrates que continua sendo oração obrigatória para os futuros médicos, quando de sua formatura, como transcreve:

> "No momento de ser admitido entre os membros da Profissão Médica, tomo o compromisso solene de consagrar a minha vida ao serviço da Humanidade. Manterei perante os meus Mestres o respeito e o reconhecimento que lhes são devidos. Exercerei a minha arte com consciência e dignidade. Considerarei a Saúde do meu Doente como minha primeira preocupação. Respeitarei o segredo que me foi confiado. Manterei, com toda a possibilidade dos meios de que disponha, a honra e as nobres tradições da Profissão Médica. Os meus colegas serão meus irmãos. Não permitirei que considerações de religião, de nação, de raça, partido social venham interpor-se entre o meu dever e o meu Doente. Guardarei respeito absoluto pela Vida Humana desde a concepção, mesmo perante ameaças não admitirei

[38] GOMES, Rui Kleber Costa, ob. Cit. Pp. 4748.

> fazer uso dos meus conhecimentos médicos contra as leis da Humanidade. Faço solenemente estas promessas, livremente, sob a palavra de honra."

O Médico, portanto, jamais pode se esquecer do juramento que realizou, pois se imporá ao árbitro considerar essa orientação ao julgar a responsabilidade médica.

Outro ponto relevante está presente no art. 82 do *Codex Ethos* que outorga ao médico colaboração com a Justiça sempre que for nomeado perito, aplicando seu conhecimento em assuntos de sua competência, todavia, é nesta questão que repousa um dos pontos cardeais em matéria de responsabilidade médica.

Importa destacar, que ao perito médico é defeso falsear a verdade, cabendo ressaltar que o corporativismo, nesta ocasião deve ser afastado e manter – se a ética. Portanto, o médico não está recluso ao sigilo profissional na perícia, vide art. 87.

Nesse caso, o perito, metaforicamente, compõe a visão e o conhecimento técnico do magistrado. Porquanto, infere-se, sua demasiada responsabilidade. Todavia, caso o *expert* sinta-se constrangido em avaliar seus pares, deve abster-se de assumir a função.

Ante o exposto, dúvidas não há enquanto ao exame da ética médica como subsidiário na avaliação de sua responsabilidade, como também para conceituação de serviço defeituoso, nos termos do art. 14 e seus parágrafos do Código de Defesa do Consumidor.

E por derradeiro, é de assaz relevo ressaltar que a responsabilidade da obrigação de meio também, encontra lastro no art.30 do Código de conduta *in verbis: "O alvo de toda atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo zelo e o melhor de sua capacidade profissional."*

Portanto, a obrigação de informar ao paciente, grafado como princípio geral da lei do consumidor, visto alhures, está presente no art. 31; o próprio enfermo deve ser informado acerca da moléstia; em caso de inconveniência, esse dever – direito se estende à família[39].

---

[39] Publicações do CREMERJ, Disponível em: <http://www.cremerj.org.br/skel.php?page=/publicacoes/listarPublicacoes.php&banner=Publicações%20do%20CREMERJ> Acesso em: 14. 10.2009. P.S.: O Código de Ética

4 CARACTERIZACÃO DA CULPA MÉDICA.

Intróito, impende frisar que o Código Civil vigente dispõe a respeito da responsabilidade no art.951, e, portanto, para culpar um médico é imperioso que se observe a atividade deste sobre três etapas diferentes: a primeira fase é a do diagnóstico, a subseqüente é a da escolha terapêutica e a derradeira é a da prescrição.[40]

Nesse sentido, para melhor visualizar a incidência de conduta culposa, torna-se conveniente à apreciação do evento sob a lente de cada um desses momentos.

Em a ocasião do prognóstico, o médico tem o dever de cautela que consiste no registro de todos os sintomas apurados e na assepsia padrão de suas instalações e instrumentos, de modo a isolar qualquer hipótese de negligência.

Ato contínuo, deverá requerer a realização de exames suplementares para aclarar sua cognição acerca do diagnóstico, portanto, se se quedar inerte com esse dever de atenção, suportará os encargos da imprudência.

Outrossim, de singular relevo é a necessidade de atualização, ou seja, o médico deve ter o hábito estudar acerca das novas pesquisas publicadas na área em que obra, porquanto, deve, ater-se na especificidade da militância que agasalhou. Todavia, se este se arrisca em diagnosticar acerca de algo fora de sua especialização e, ainda, não possua plena segurança, será considerado imperito; apesar de um nicho de doutrinadores entender se tratar de imprudência.

---

foi baixado desse sítio em formato adobe, portanto, a pesquisa foi realizada a partir desse material disponível, apenas por download.

40 LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda, *Responsabilidade Civil do Médico*, Revista IMESC Nº 1 - dezembro - 1998, disponível em: < http://www.imesc.sp.gov.br/rev1e.htm> Acesso em: 20.10.2009.

Insta repisar que essa breve abordagem é somente um esboço para melhorar a compreensão do instituto da culpa na responsabilidade médica, sendo certo que, nenhum médico está livre de cometer um erro de diagnóstico.

Destarte, em sede de defesa, pode aduzir que diagnosticou de acordo com os sintomas objetiva e efetivamente verificados e sem omissão de exames considerados indispensáveis; informar, também, que atuou dentro de especialidade para a qual está habilitado e atualizado ou, pelo menos, caso tenha praticado diagnóstico fora de sua área, o que é raro, que estava capacitado a demonstrar que o erro não prosperou de conhecimento específico devido à falta de atualização ou de especialização e, ainda, dizer que não concorreu para o evento danoso, afinal, há muitos mistérios de natureza metafísica que influenciam na existência dos seres humanos.

Portanto, comportando-se dessa forma afastará de si, em tese, os requisitos da responsabilização culposa. Já no que tange à adoção terapêutica, questão adstrita à acurácia do diagnóstico, deve-se ressaltar que a ciência não é estática, e compete ao seu operador incansável procura de atualização relativa às técnicas terapêuticas mais modernas.

Todavia, releva informar que a inadoção de novas técnicas, não é sinônimo de imperícia, desde que o médico esteja apto a demonstrar que não desconhecia das novidades, contudo, absteve-se destas, por entender mais seguras e suficientes às manobras anteriores e, outrossim, não se esposou com a recente por esta indepositar confiança.

Não obstante, fato complexo surge quanto à prescrição, vez que não trata, apenas da indicação de medicamentos, e sim desta e também da determinação da necessidade de se internar o paciente.

Em relação à derradeira, é sabido que o ônus é suntuoso, portanto compete ao médico proceder diante de robusta prova para que, caso seja necessário, apresente critérios sólidos que ampare à sua decisão de internar ou não o enfermo.

Outrossim, merece destaque à preocupação vinculada à prescrição de medicamentos, posto que o médico deve prescrever ao paciente as substâncias cujos princípios ativos são capazes de trazer-lhe benefícios terapêuticos. Entretanto, na prática, não raro, alguns profissionais prescrevem remédios pela sua denominação comercial.

Aduzem que em razão de seu preparo técnico estão aptos a escolher o laboratório que produz o melhor medicamento para os fins terapêuticos desejados e, se prescrevesse a medicação pelo seu princípio ativo o médico estaria substabelecendo essa opção ao paciente que é despreparado para fazê-la.

Contudo, releva informar aos profissionais da medicina que não devem deixar-se seduzir pelo departamento comercial dos laboratórios, vez que sua prescrição específica pelo nome comercial do medicamento deve decorrer, em razão da beleza que suscita de seu douto conhecimento, que provém de sua convicção real quanto à qualidade e confiabilidade do laboratório envolvido.

Se não for orientado pela técnica e sensibilidade, será menos nocivo que prescreva o princípio ativo, indicando, subseqüentemente, o rol dos remédios que o contém, posto que é demasiadamente explanado escândalos acerca de remédios falsos, que envolve não apenas a produção desses medicamentos por laboratórios clandestinos, como a própria negligência dos laboratórios reais em inobservar a inserção destes nas farmácias com características simétricas as dos produtos reais, entretanto contendo pílulas de farinha.

Portanto, o médico tem o dever de lembrar-se de que, ao prescrever medicação, está dando seu aval pessoal, ou seja, tacitamente, será impressa na cognição do paciente que o produto receitado pelo, então, especialista qualificado, providenciar-lhe-á leniência da dor.

Destarte, o produto receitado, o princípio ativo lenitivo, e quanto à honorabilidade e confiabilidade do laboratório a lume, são questões de supra relevância, não podendo, portanto, ser feita de forma irrefletida, porque se o paciente vier a sofrer dano em razão da ingestão de remédio falso competirá ao indicador demonstrar que não concorreu com a desconfiança do laboratório, o que, hodiernamente, é muito complicado, sobretudo pela influência midiática.

5 CASUÍSTICAS PRETORIANAS

Para melhor entendimento do objeto do trabalho e encerramento deste, mister se faz trazer à colação, os diversos casos de responsabilidade civil julgados nos tribunais brasileiros, entretanto, ater-nos-emos aos que se referem à responsabilidade civil subjetiva do médico.

Para tanto, eis alguns julgados presentes no livro de Rui Kleber[41]:

> "Indenização – Médico – Culpa – Omissão e Negligência no atendimento de paciente – Prova inexistente – A responsabilidade prescrita no art. 159, do Código Civil, há de ser caracterizada por meio de prova eficaz. Se a alegação é no sentido de que o ex-marido morreu por culpa dos médicos que o atenderam, quer por erro no diagnóstico, quer pela recusa na internação, há necessidade de uma prova técnica robusta específica, o que não foi feito na hipótese.

[41] GOMES, Rui Kleber Costa, *Responsabilidade Civil do Médico no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Pillares. 2004.pp. 60,61,62,63,64,65, 66, 67, 68.

Sequer a prova testemunhal logrou atestar as acusações da suplicante. Sentença confirmada – TRF – 2ª T.; Ap. Cív. Nº 115.667 – SP; rel. Min. William Patterson; j. 12. 09. 1986; v.u.; DJU, 16.10.1986."

Responsabilidade Civil - Plano de Saúde - Indenização por danos materiais e morais, decorrentes de adimplemento imperfeito do contrato de presta~ção de serviços médico-hospitalares. Ementa oficial: Erro e indefinição no diagnóstico da real patologia, que obrigaram a associada a buscar profissional particular. Procedência garantida. Recurso da autora provido para a elevação do valor da indenização pelos danos morais de 30 (trinta) para 200 (duzentos) salários mínimos. Apelação da ré improvida. (TJSP - 2ª Câm. de Direito Privado; Ap. Cível nº 259.592-1/9-00-São Paulo; Rel.Des.J.Roberto Bedran;j.24.09.1996;v.u.Boletim AASP 1981/393,j.de 11.12.1996.

Responsabilidade Civil - Erro Médico - Profissional que se conduziu, diante dos sintomas do doente, como qualquer outro colega o faria - Imprudência, negligência ou imperícia, ademais, não comprovadas - ação improdecente - recurso não provido - Ementa oficial: Prestação de serviços - Erro Médico, Epilepsia de origem endógena (de fatores hereditários e constitucionais) - aplicação de droga básica - superveniência de doença rara, de difícil diagnóstico, denominada síndrome de Stevens Johnson (forma grave de eritema multiforme, caracterizada por sintomas constitucionais e pronunciado comprometimento da conjuntiva e da mucosa bucal) - Dúvida que remanesce, pois a ingestão de outras drogas pode induzir o surgimento da patologia - Negligência, imprudência ou imperícia não comprovadas - ação desacolhida - Recurso Improvido. TJSP - 16ª Câm. - Ap. Cível nº269.166-2-SP; Rel.Des.Soares Lima;j.21.11.1995;v.u.-JTJ 177/90. Boletim AASP,2065/54-m,de 27.07.1998.

Indenização - Erro Médico-Profissional que diagnostica corretamente a doença e aplica tratamento adequado - Evolução do mal,com perda parcial da visão- Impossibilidade de se cogitar da relação de causa e efeito entre a atividade do médico e o dano-Culpa descaracterizada - Verba Indevida.

Ementa Oficial: Profissional que diagnosticou corretamente a existência de corpo estranho no olho do cliente e que também providenciou sua retirada e aplicou o tratamento adequado a uma ceratite ulcerosa, que, a despeito disso, evoluiu e deu causa à perda parcial da visão. Tratando-se de atividade-meio, na qual o médico não se compromete a curar, mas aplicar toda a diligência na cura, não se pode falar de culpa quando não chega o profissional ao resultado desejado. Desde que o diagnóstico foi correto e a terapêutica adequada, não há que cogitar de relação de causa e efeito entre a

atividade do médico e o dano. Descaracterização da culpa em qualquer das modalidades. Improcedência do pedido condenatório. Apelação desprovida (TJPR - 2ª Câm., Ap.Cível nº25.622-2-Maringá-PR;Rel.Des.Sydney Zappa;j.30.03.1994;v.u.)RT714/206.

Responsabilidade Civil - Médico - Insucesso em intervenção cirúrgica - Inexistência de prova de conduta culposa - Indenização indevida.
Ementa Oficial: Não se há de imputar responsabilidade indenizatória ao médico, em face do insucesso de intervenção cirúrgica, se não restar evidenciada sua conduta culposa, uma vez que o compromisso assumido constitui obrigação de meio e não de resultado. (TAMG - 6ª Câm.;Ap.Cível nº 170.185-1,Carmo do Parnaíba-MG, Rel. Juiz Salatiel Resende;j.28.04.1994;v.u.)RT711/182.

Indenização - Erro Médico - Equipe Médica que esquece a agulha de sutura no organismo do paciente - Fato não relacionado com a sintomatologia apresentada pelo mesmo - Irrelevância - Negligência caracterizada - Problemas agravados psicologicamente com a agulha de sutura abandonada no tórax - Inviabilidade de nova cirurgia em segurança - Verba devida - direito de regresso do hospital contra o cirurgião responsável - Inteligência dos artigos 159, 1521, III, 1539 e 1545 do CC da Lei nº 8.078/90(Código de Defesa do Consumidor), artigo 14, §§1º, II e 4º, e artigo 602do CPC-Voto vencido.

Esta anomalia (presença de petrecho cirúrgico no corpo do paciente)configura grave violação dos deveres impostos ao cirurgião e equipe , assim como ao hospital conveniado, incidindo reparação civil e reconhecendo-se a negligência médica. A agulha de sutura está onde não devia estar e a sua retirada demanda criteriosa avaliação pelos riscos que encerra. O dano deve ser indenizado também por razões ético-jurídicas, no intuito de alertar para a formação de uma consciência profissional (TJRJ-1ªCâm.;Ap.Cível nº4.486/93;Rel.des.Pedro Américo Rios Gonçalves;j.15.03.1994, maioria de votos) RT719/229 e RJ231/148.

Indenização – Médico - Realização de Cirurgia Plástica - dano estético -Responsabilização, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprescindível, o que lhe cabe provar.

Ementa Oficial: O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar.(STJ-3ªT.;Ag.Reg.nº37.060-9-RS;Min.EduardoRibeiro;j.28.11.1994;v.u.) RT718 /270 e 231/148.

Danos materiais e morais decorrentes de cirurgia realizada com imprudência - Co-responsabilidade do médico que figurou como primeiro assistente,mas teve participação essencial no ato cirúrgico. Falta de prova de lucro cessantes- Existência de danos emergentes comprovada, mas não a sua extensão-Danos morais arbitrados em conformidade com a profundidade e extensão do sofrimento imposto à vítima pelo ato ilícito-Provimento parcial à apelação do autor para fixar os danos morais, incluído o estético, em setenta mil reais (R$70.000,00), acrescido de juros simples a partir da data do fato e correção monetária a partir da data do acórdão - Não conhecimento do aditamento a apelação do autor - Improvimento à apelação do co-réu-Observação que os danos materiais emergentes devem ser objeto de liquidação por artigos. (TJSP- 2ª Câm.de Direito Privado; Ap. Cível nº 262.383-1-SP;Rel Des.Lino Machado; j.19.11.1996;v.u.)JTJ 196/131.

Responsabilidade Civil -Erro Médico-Culpa grave - Honorários profissionais - Danos estéticos e moral. Em se tratando de pedido de indenização por cirurgia plástica malsucedida, provada a culpa, fica o profissional obrigado a restituir ao paciente os honorários, bem como a reparar os danos decorrentes do erro médico. Se em ação de indenização houve pedido de reparação pecuniária por danos morais e estéticos decorrentes de defeitos da cirurgia e outro para pagamento de despesas com futura cirurgia corretiva, atendido a este, inadmissível será o deferimento do primeiro. (TAMG-4ªCâm.;Ap.Cíveln°11.111-3;Rel.Juiz Macêdo Moreira)RJ231/148.

Responsabilidade Civil - Médico - Cirurgia estética - Pés-operatório. Reconhecido no acórdão que o médico foi negligente nos cuidados posteriores à cirúrgia, que necessitava de retoques, impõe-se sua condenação ao pagamento das despesas para a realização de tais intervenções. (STJ-4ªT.;Rec.Esp.n°73.958-PR; Rel.Min.Ruy Rosado deAguiar;DJU 11.03.1996)RJ231/149.

Responsabilidade Civil - Médico - Cirurgia plástica - "Onus probandi"-Obrigação de resultado- Tabagismo pós-operatório. A cirurgia plástica, com fins exclusiva ou preponderantemente estéticos, é cirúrgia embelezadora e4, por isso, a obrigação não é de meio e sim de resultado. Na hipótese de o resultado ser negativo e oposto ao que foi convencionado, presume-se a culpa profissional do cirurgião, até que ele prove sua não-culpa ou qualquer outra causa exonerativa. Inobstante o fumar no período pós-operatório possa provocar os danos ocorridos, há necessidade de o réu provar que a cliente fumou, embora a indicação médica. Prova suficiente. Responsabilidade civil reconhecida. TJRS-1ªCâm.;Ap.Cível nº 591.055.017;Rel.Des.Tupinambá M.C.do Nascimento; j.05.05.1992) RJ231/149.

Responsabilidade Civil - Médico - Danos materiais e morais - Erro médico - Culpa-Instituição Hospitalar-Responsabilidade solidária-Pensão-Fixação.
O hospital em cujas dependências funciona clínica destinada à prestação de serviço médico especializado, com captação exclusiva de clientela, é solidariamente responsável pela indenização decorrente do ato ilícito nela praticado. O médico que, tendo conhecimento do fenômeno capaz de causar morte de paciente, omite-se na sua exploração e nas condutas que,em conseqüência seriam aplicáveis, age com culpa que lhe acarreta o dever de reparar danos materiais e morais, cumuláveis por expressa permissão contida no inciso V do artigo 5° da CF. Sendo o cônjuge sobrevivente profissional com renda própria e não tendo a vítima deixado filhos, a pensão mensal por danos materiais, que não é apenas uma dívida alimentar, mas a recomposição do lucro cessante da entidade familiar, deve corresponder à metade do salário daquela, não se computando parcela ainda não auferida e condicionada à continuidade da prestação do trabalho, que poderia não concretizar por motivo diverso do óbito. (TJMG-2ªCâm.;Rel.Juiz Almeida Melo;DJMG 04.04.1996)RJ231/150.

Responsabilidade Civil – Médico - Inocorrência de responsabilidade solidária do hospital-Dano moral-Reconhecimento por maioria-Possibilidade do seu deferimento cumulativamente com danos materiais. Caracterizada a culpa exclusiva do médico pela morte de paciente, decorrente de atraso na eleição do tratamento adequado, não há que se falar em responsabilidade solidária do hospital, de que não é empregado e sim diretor. O pedido de indenização por dano moral deve ser deferido cumulativamente com o pedido de danos materiais,quando a vítima, ou sua família, é afetada sentimentalmente pela forma de condução do tratamento médico. (tjdf - 2ªT.;Ap.Cível n° 26.983-DF;Rel.Des.Diocleciano Queiroga;DJU 29.06.1994)RJ231/150.

Supremo Tribunal Federal - Responsabilidade Civil - Cirurgia estética. Ocorrência de infecção que obstou o prosseguimento do tratamento avançado. Caracterização de caso fortuito face ao exame das provas. Restituição das partes ao "status quo ante, com a devolução dos honorários profissionais. Recurso conhecido porque ausentes seus pressupostos. (STF, 1ªT.,j.em 8.5.79,RTJ 91/975;RT529/254).

Segredo Profissional - Crime de aborto.Pedido da polícia de informações ao hospital. Obrigação deste em prestar informes solicitados, sob pena de responsabilidade. "Habeas corpus" requerido pela superintendente do hospital para não prestar as informações solicitadas. Denegação (RHC 38.948.Pleno,j.em 24.1.62,rel.Min.Gonçalves de Oliveira,RTJ22.01/230.

> Segredo Profissional - Constitui constrangimento ilegal a exigência da revelação do sigilo e participação de anotações constantes das clínicas e hospitais. "Habeas corpus concedido (HC 39.308,Pleno,j.em 19.9.62,rel.Min.Pedro Chaves,RTJ 201-01/466).

E, também, o que o Superior Tribunal de Justiça[42] julgou recentemente:

> "DESCABIMENTO, RECURSO ESPECIAL, OBJETIVO, APRECIAÇÃO, CULPA CONCORRENTE, ÂMBITO, AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, AJUIZAMENTO, CONTRA, PLANO DE SAÚDE / HIPÓTESE, PAI, AJUIZAMENTO, AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, CONTRA, PLANO DE SAÚDE, ALEGAÇÃO, CULPA CONCORRENTE, POR, MORTE, FILHO / DECORRÊNCIA, IMPOSSIBILIDADE, APRECIAÇÃO, PELO, STJ, CULPA CONCORRENTE; CARACTERIZAÇÃO, APRECIAÇÃO, MATÉRIA DE PROVA; APLICAÇÃO, SÚMULA, STJ. (VOTO VENCIDO) (MIN. NANCY ANDRIGHI) CABIMENTO, CONDENAÇÃO, EMPRESA, PLANO DE SAÚDE, PAGAMENTO, INDENIZAÇÃO, PAI, REFERÊNCIA, DANO MATERIAL, E, DANO MORAL / HIPÓTESE, EXISTÊNCIA, MAIS DE UM, MOTIVO, MORTE, FILHO, PACIENTE (MEDICINA); OCORRÊNCIA, QUEDA, CRIANÇA, E, PLANO DE SAÚDE, DEMORA, AUTORIZAÇÃO, TRASLADO, PARA, OUTRO, HOSPITAL / RELEVÂNCIA, EXISTÊNCIA, NEXO DE CAUSALIDADE, ENTRE, DEMORA, ATENDIMENTO, OU, FALTA, ATENDIMENTO, **MÉDICO,** E, MORTE, PACIENTE (MEDICINA);
> IRRELEVÂNCIA, FALTA, INDICAÇÃO, MOTIVO, MORTE, COM, SEGURANÇA; EXISTÊNCIA, CULPA CONCORRENTE; NECESSIDADE, PLANO DE SAÚDE, DIVISÃO, DEVER, INDENIZAÇÃO. REsp 539736 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2003/0087888-2."

> "Direito **civil.** Suicídio cometido por paciente internado em hospital, para tratamento de câncer. Hipótese em que a vítima havia manifestado a intenção de se suicidar para seus parentes, que avisaram o **médico** responsável dessa circunstância. Omissão **do** hospital configurada, à medida que nenhuma providência terapêutica, como a sedação **do** paciente ou administração de anti-depressivos, foi tomada para impedir o desastre que se havia anunciado. O hospital é responsável pela incolumidade **do** paciente internado em suas dependências. Isso implica a obrigação de tratamento de qualquer patologia relevante apresentada por esse paciente, ainda que não relacionada especificamente à doença que motivou a internação. Se o paciente, durante o tratamento de câncer, apresenta quadro depressivo

[42] Superior Tribunal De Justiça, Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+e+civil+e+do+e+m% E9dico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6, Acesso em 14/09/2009 às 19h05.

> acentuado, com tendência suicida, é obrigação **do** hospital promover tratamento adequado dessa patologia, ministrando anti-depressivos ou tomando qualquer outra medida que, **do** ponto de vista **médico,** seja cabível. Na hipótese de ausência de qualquer providência por parte **do** hospital, é possível responsabilizá-lo pelo suicídio cometido pela vítima dentro de suas dependências. Recurso especial não conhecido. REsp 494206 / MG ; RECURSO ESPECIAL 2002/0170695-6, Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), T3 - TERCEIRA TURMA, 16/11/2006, DJ 18.12.2006 p. 361." (à íntegra.)[43]

Portanto, diante do exposto, sugere-se que seja implementado na consciência humana, sobretudo, na do profissional de medicina, a singular importância desse sacerdócio, concita-se, também, que os membros bons não se permitam macular-se com os que indiretamente os lameiam e continuem marchando vibrantes na direção do progresso ético, científico, humano e moral, e em últimas palavras, vale a paráfrase do brocardo: "Sem justiça não há democracia", com o: Sem a medicina não há prolongação da vida!

CONCLUSÃO

Nessa obra foi abordado o instituto da Responsabilidade Civil de forma histórica, hodierna, subjetiva e objetiva, permitindo-se afastar as hipóteses dúvidas que podiam haver acerca de cada modalidade de responsabilidade civil.

Foram apresentados os elementos ensejadores da responsabilidade civil subjetiva cartesianamente, racionalizando-os em sua individualidade e mostrando suas peculiaridades e extensões.

Foi abordada a responsabilidade do profissional de medicina sob a luz do Código de defesa do Consumidor e a diferença entre as regras objetivas da exceção, subjetiva.

---

[43] Superior Tribunal De Justiça, Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+e+civil+e+do+e+m% E9dico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6, Acesso em 14/10/2009 às 18h38.

Nesse sentido, foi carreado julgados recentes dos tribunais superiores que demonstram o entendimento pacificado acerca da controvérsia existente no campo teórico.

Portanto, a partir do trabalho apresentado, inferiu-se às sutilezas existentes na Responsabilidade Civil do Médico, e as ocasiões em que ele é responsabilizado.

BIBLIOGRAFIA

ALTAVILA, Jayme de. ***Origem dos Direito dos Povos***. Melhoramentos, 3ª Edição, São Paulo 1963.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso De Direito Civil: Teoria geral das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo, Revista dos Tribunais.

BRASIL. ***Constituição da República Federativa do Brasil***. Brasília, DF: Senado Federal, 1988;

BRASIL. ***Lei nº 8078, de 11 set. 1990. (Código de Defesa do Consumidor)***. Regulamenta o art. 5°, inciso XXXII e art. 170, V, da Constituição Federal, institui normas para as relações de consumo e dá outras providências. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br> . Acesso em 20 out. 2009;

BRASIL. ***Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002. (Código Civil)***. Institui, o conceito de responsabilidade civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em 15 out 2009;

CAHALI, Yussef Said, ***Dano Moral***, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, São Paulo, 1999.

CÓDIGO DE MANU, Disponível em: <http: //www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manu2.htm> Acesso em: 16.10.2009.

CREMERJ, Disponível em: <http://www.cremerj.org.br/skel.php?page=/ publicacoes/listar Publicacoes.php&banner=Publicações%20do%20CREMERJ> Acesso em: 11. 09.2009.

DINIZ, Maria Helena, ***Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil***, 7° volume, São Paulo, Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena, ***Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil***, 7° volume, São Paulo, Saraiva, 2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros, ***Código Comentado de Direito do Consumidor***, Niterói, Rio de Janeiro, Impetus, 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas, ***Elementos da Responsabilidade Civil***, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

GOMES, Rui Kleber Costa, *Responsabilidade Civil do Médico no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Pillares. 2004

GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de, FINK Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, Watanabe, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery e DENARI, Zelmo *no Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo, 8ª Edição: Revista Universitária, 2005.

LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda, ***Responsabilidade Civil do Médico***, Revista IMESC____Nº 1 - dezembro - 1998, disponível em: < http://www.imesc.sp.gov.br/rev1e.htm> Acesso em: 20.10.2009.

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

NETO, Miguel Kfouri, ***Responsabilidade Civil do Médico***, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição , São Paulo, 2001.

_____, *Instituições de Direito Civil*. Forense, Rio de Janeiro, 1998.

PESQUISA DOUTRINÁRIA, Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/conheca/ouvidoria/dicas/dica5.html> Acesso em: 23.09.2009.

PESQUISA DOUTRINÁRIA, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 5026 > Acesso em: 15.10.2009.

PESQUISA DOUTRINÁRIA, Disponível em: < http: //jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id =5026> Acesso em: 16.10.2009.

VALLE, Christino Almeida do. ***Dano Moral: doutrina, modelos e jurisprudência***, Rio de Janeiro: Aide, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo, ***Direito Civil Responsabilidade Civil***.São Paulo, Atlas S.A, 2002.

_____, *Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil*.São Paulo, Atlas S.A, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. ***Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência***. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Disponível em: http://www.stj.gov.br /SCON/ jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+e+civil+e+do+e+m% E9dico&&b=ACOR&p =true&t=&l=10&i=6, Acesso em 14/10/2009 às 18h38.

CIA, Leonardo de Medeiros. Ob. Cit., P.3.